Der gute Glaube

bei der Eigentumsersitzung nach römischem und gemeinem Rechte, sowie nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Inaugural-Dissertation
der Juristenfakultät der Landesuniversität Rostock
zur Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Otto Stahmer
Referendar aus Groß-Flottbeck.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Blankenese.
Johs. Kröger's Buchdruckerei
1903.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552723_0043

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung:

Seite.

§ 1. Abgrenzung der Aufgabe und Angabe der Anordnung der Darstellung. 1

I. Teil: Das römische und gemeine Recht.

1. Abschnitt: Das vorjustinianische Recht.

§ 2. Die usucapio der XII Tafeln. Entscheidung der Frage, ob bereits die XII Tafeln eine bona fides erforderten . . 3

§ 3. Die usucapio zur Zeit des Gaius und das Erfordernis der bona fides bei derselben 5

2. Abschnitt: Das justinianische Recht.

§ 4. Begriff und Inhalt der bona fides. Sie ist das Nichtwissen, daß die Sache eine fremde sei 6

§ 5. Entscheidung der Frage, gegen wen diese bona fides zu beobachten sei 14

§ 6. Begriff und Inhalt derjenigen bona fides, die sich darstellt als der Glaube, durch einen mangelfreien Titel erworben zu haben. 15

§ 7. Wann und wielange muß diese bona fides vorhanden sein? 20

§ 8. Entscheidung der Frage, in wessen Person die bona fides vorhanden sein muß beim Usukapionsbesitzerwerb durch Stellvertreter. 25

Der Einfluß des der bona fides zu Grunde liegenden Irrtumes

1) auf das Vorhandensein der eigentlichen bona fides.

§ 9. Die Natur dieses Irrtums 28

§ 10. Der Einfluß des Rechtsirrtums 29

§ 11. Der Einfluß des tatsächlichen Irrtumes 35

2) auf das Vorhandensein der bona fides, die sich auf die Gültigkeit des Titels erstreckt.

§ 12. Der Einfluß des Rechtsirrtumes 38

§ 13. Der Einfluß des tatsächlichen Irrtumes 39

§ 14. Der Beweis der bona fides 39

3. Abschnitt: Das gemeine Recht.

Seite.

§ 15. Die Bedeutung des durch das kanonische Recht eingeführten Satzes: mala fides superveniens nocet, und der Einfluß dieser durch das kanonische Recht geschaffenen Modifikation auf die gemeinrechtliche Lehre 42

II. Teil: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches.

A. Einleitung:

§ 16. Der Erwerb im guten Glauben nach dem B. G.-B. Anführung der Fälle, in denen nach dem B. G.-B. eine Ersitzung noch erforderlich ist 46

B. Der Begriff und das Wesen des guten Glaubens im Bürgerlichen Gesetzbuche.

§ 17. Der Begriff und Inhalt des guten Glaubens . . . 50
§ 18. Wann und wielange muß dieser gute Glaube vorhanden sein? 54
§ 19. Beschaffenheit des guten Glaubens beim Wechsel des Eigenbesitzes durch Rechtsnachfolge 55
§ 20. Entscheidung der Frage, in wessen Person der gute Glaube beim Besitzerwerb durch Stellvertreter vorhanden sein muß . 59
§ 21. Die Rechtsnatur und der Einfluß des dem guten Glauben zu Grunde liegenden Irrtumes 62
§ 22. Die Regelung der Beweislast 63
§ 23. Kurze Zusammenfassung des gewonnenen Ergebnisses . . 64

Literaturverzeichnis.

Adler: Die Wirkungen des Rechtsirrtumes mit einem Exkurs über den Ersitzungstitel, in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik. 33. Bd. (neue Folge 21. Bd.). Jena 1894.

Arndts: Lehrbuch der Pandekten. 9. Auflage. Stuttgart 1877.

Bechmann: Geschichte des Kaufes im römischen Recht. Bd. I. Erlangen 1876.

Bechmann: Zur Lehre von der usucapio pro emtore, im Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 75. Freiburg 1889.

Benz: Begriff der bona fides in der römischen Usukapionslehre. Berner Dissertation. Bern 1888.

Biermann: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Auflage. Berlin 1903.

Brinz: Lehrbuch der Pandekten. Bd. I. 2. Auflage. Erlangen 1873.

Bruns: Das Wesen der bona fides bei der Ersitzung. Berlin 1872.

Bruns: Zur Lehre von der bona fides bei der Verjährung, im Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 57. Heidelberg 1874.

v. Buchka: Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich und des gemeinen Rechtes. 2. Auflage. Berlin 1898.

Buhl: Das Recht der beweglichen Sachen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Berlin 1901.

Burckhard: Ueber den Begriff und Beweis der bona fides bei der Eigentumsersitzung, in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß. Bd. 21. Gießen 1864.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. II., 1. 3. Auflage. Jena 1900.

Cosack: Das Sachenrecht im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Berlin 1889.

Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts. 5. Auflage. Stuttgart 1900.

Denkschrift zum Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches. 5. Auflage. Berlin 1896.

Dernburg: Pandekten. Bd. I und Bd. II. 6. Auflage. Berlin 1900.

Dernburg: Lehrbuch des Preußischen Privatrechts. I. Band. 2. Auflage. Halle 1879.

Dernburg: Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preußens. Halle 1898.

Dühringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches. II. Band. Mannheim 1901.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 6. Auflage. Berlin. Bd. I 1899; Bd. II 1900.

Engelmann: Das bürgerliche Recht Deutschlands. 2. Auflage. Berlin 1900.
Enneccerus-Lehmann: Das bürgerliche Recht. II. Bd., bearbeitet von Lehmann. 2. Auflage. Marburg 1901.
Fitting: Ueber das Wesen des Titels bei der Ersitzung, im Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 51 und 52. Heidelberg 1868, 1869.
Förster-Eccius: Preußisches Privatrecht. III. Bd. 7. Auflage. Berlin 1896.
Gierke: Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht. Leipzig 1889.
Gierke: Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach B. G.-B. Jena 1897.
Goldmann und **Lilienthal**: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Systematisch dargestellt nach der Legalordnung des allgemeinen Landrechts. I. Teil. Berlin 1900.
Hachenburg: Das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vorträge gehalten in den Jahren 1896/97. 2. Auflage. Mannheim 1900.
Hameaux: Die usucapio und longi temporis praescriptio. Gießen 1835.
Harnier: De probatione bonae fidei in praescriptionibus. Marburger Dissertation. Cassel 1841.
Heinrichs: Besitzerwerb und Besitzerhaltung durch Stellvertreter nach gemeinem Recht und nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches. Rostocker Dissertation. Saarbrücken 1900.
Heller: Zur Lehre von der Ersitzung durch Dritte nach römischem und gemeinem Recht. Greifswalder Dissertation. Greifswald 1897.
Hesse: Ueber die bona fides bei der Ersitzung, im Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 58. Heidelberg 1875.
Hesse: Zur Lehre vom Irrtum, im Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 57. Heidelberg 1874.
Hildenbrand: Geschichte der Bestimmungen des kanonischen Rechtes über die bona fides bei der Ersitzung und Klagenverjährung, im Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 36. Heidelberg 1853.
Horn: Die bona fides bei der Klagenverjährung nach kanonischem und gemeinem Recht. Berlin 1899.
Ihering: Der Besitzwille. Jena 1889.
Jonas: Begriff und Bedeutung der bona fides bei der Ersitzung und Klagenverjährung. Erlanger Dissertation. Kiel 1897.
Karlowa: Römische Rechtsgeschichte. Bd. II., Teil 1. Leipzig 1901.
Keller: Pandekten. Leipzig 1861.
Klein: Sachbesitz und Ersitzung. Berlin 1891.
Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. II. Teil. Berlin 1899.
Kuhlmann: Das Institut der Ersitzung als Eigentumserwerbsart bei Immobilien nach gemeinem Recht und dem Recht des B. G.-B. Freiburger Dissertation. Bonn 1899.
Lessing: Die Ersitzung des Eigentums nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, im sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß. 6. Bd. Heft 10. Leipzig 1896.
Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin. II. Bd. 1901.

Leonhard: Vertretung beim Fahrniserwerb. Leipzig 1899.
Mager: Der Begriff der bona fides bei der Ersitzung und gegenüber der Eigentums- und Erbschaftsklage (hereditatis petitio) nach römischem Recht. Greifswalder Diss. Greifswald 1878.
Matthiaß: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. II. 3. Auflage. Berlin 1900.
Meischeider: Die alten Streitfragen gegenüber dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Berlin und Leipzig 1889.
Moellenthiel: Ueber die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung. Erlangen 1820.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. III, Sachenrecht. Berlin und Leipzig 1888.
Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.
Oertmann: Der Rechtsirrtum im bürgerlichen Recht, in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung. 67. Jahrgang. Nr. 2 und Nr. 3. 1902.
Pernice: M. Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im I. Jahrhundert der Kaiserzeit. II. Band. Halle 1878.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. I—III. Berlin.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, bearbeitet von Achilles, Gebhard, Spahn. Bd. III, Sachenrecht. Berlin 1899.
Puchta: Pandekten. 12. Auflage. Leipzig 1877.
Puchta: Kursus der Institutionen. Bd II. 8. Auflage. Leipzig 1875.
Ramdohr: Das Rechtsprinzip zum Schutze mangelhafter menschlicher Erkenntnisfähigkeit im B. G.-B., in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechtes. XLIV. Jahrgang. Heft 1—6. Berlin 1900.
Reatz: Die zweite Lesung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich unter Gegenüberstellung der ersten Lesung. Bd. I. Berlin 1894.
Regelsberger: Ueber das Wesen der bona fides im Allgemeinen und über die Entschuldbarkeit des Irrtums bei der außerordentlichen Eigentumsersitzung insbesondere, im Archiv für praktische Rechtswissenschaft. Neue Folge. IX. Bd. 2. Heft. Darmstadt und Leipzig 1873.
Römer: Die Beweislast hinsichtlich des Irrtums nach gemeinem Civilrecht und Prozeß. Stuttgart 1852.
v. Savigny: System des heutigen römischen Rechtes. Bd. III. Berlin 1840.
Scherer: Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. (B. G.-B. III. B. §§ 854—1296.) Erlangen 1899.
Scheu: Ueber die Ersitzung durch Dritte insbesondere die bona fides. Erlanger Dissertation. Insterburg 1900.
v. Scheurl: Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts. Erlangen. Bd. I 1853; Bd. II 1854.
Schirmer: Die Grundidee der Usukapion im römischen Recht. Berlin 1855.
Schirmer: Zur Lehre von der bona fides und dem iustus titulus, in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Neue Folge. Bd. XV Gießen 1858; Bd. XVI Gießen 1859.
Sell: Römische Lehre des Eigentumes. 2. Auflage. Bonn 1852.
Seuferts Archiv.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. II. Bd. 6. und 7. Auflage. Berlin 1900.

Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. III. Bd., Sachenrecht, bearbeitet von Kober. München 1898.

Stintzing: Das Wesen von bona fides und titulus in der römischen Usukapionslehre. Heidelberg 1852.

Strohal: Der Sachbesitz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. Jena 1897.

Thibeaut: Ueber Besitz und Verjährung. Jena 1802.

Ullmann: De vi ac natura erroris in usucapionibus et praescriptionibus. Berliner Dissertation. Berlin 1855.

Unterholzner: Ausführliche Entwickelung der gesamten Verjährungslehre aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten. 2. Auflage, bearbeitet von Schirmer. Bd. I und II. Leipzig 1858.

v. Vangerow: Lehrbuch der Pandekten. I. Bd. 7. Auflage. Marburg und Leipzig 1863.

v. Wächter: Die bona fides insbesondere bei der Ersitzung des Eigentums. Leipzig 1871.

Wendt: Lehrbuch der Pandekten. Jena 1888.

Wendt: Erwerb von einem Nichtberechtigten, im Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 89. Freiburg, Leipzig und Tübingen 1899.

Weyl: Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch für Praktiker. München. Bd. I 1898; Bd. II 1900.

Wilhelm: Was ist Rechtsirrtum und ist er entschuldbar? Erlanger Diss. Erlangen 1898.

Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. I. 8. Auflage, bearbeitet von Kipp. Frankfurt a. M. 1900.

Es lauten die Citate:

1) aus den Institutionen des Gaius nach Huschke: Jurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt. Editio quinta. Lipsiae 1886.
2) aus dem corpus iuris civilis nach der Ausgabe von Krüger, Mommsen. Editio tertia. Berolini 1882.
3) aus dem corpus iuris canonici nach der Ausgabe von Friedberg. Pars I Lipsiae 1879; Pars II Lipsiae 1881.

Einleitung.

§ 1. Abgrenzung der Aufgabe und Angabe der Anordnung der Darstellung.

Das B. G.-B. hat es als eine seiner Aufgaben angesehen, dem Schutze des guten Glaubens nach Möglichkeit gerecht zu werden und lediglich auf Grund desselben auch da die erstrebten Rechtswirkungen eintreten zu lassen, wo ohne das Vorhandensein dieses guten Glaubens die übrigen Tatsachen an sich nicht imstande gewesen wären, zu diesem Ergebnisse zu führen, da irgendein, den betreffenden Subjekten wegen ihres guten Glaubens nicht bekannter Mangel dem Eintritte dieser Rechtswirkung im Wege stand. Dieses Prinzip, das seinen Ursprung aus dem deutschen Rechte herleitet, fand sich in einigen Beziehungen vor dem Inkrafttreten des B. G.-B. bereits im Handelsrecht (s. a. H. G.-B. Art. 306 u. 307), sowie im Wechselrecht (s. W. O. Art. 74), und ist nun durch das B. G.-B. auch für das übrige bürgerliche Recht reichsrechtlich im vollen Umfange zur Geltung gekommen.

Jedoch auch dem römischen Rechte ist dieser Begriff des guten Glaubens, der „bona fides", nicht fremd. Auch hier tritt er uns bereits auf vielen Rechtsgebieten entgegen. Am bekanntesten ist er uns vielleicht aus dem Obligationenrechte, hat doch eine ganze Gruppe von Rechtsgeschäften nach der ihnen zu Grunde liegenden bona fides die Bezeichnung als bonae fidei negotia erhalten. Diese pflegt man nun gewöhnlich kurz dahin zu charakterisieren, daß sie die beteiligten Personen nicht nur zur Leistung des Versprochenen, sondern vielmehr zur Leistung alles dessen verpflichten, was nach Treu' und Glauben in dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse erwartet werden konnte. Die bona fides gibt uns also hier einen objektiven Maßstab, mit Hülfe dessen wir das Verhalten einer Person in dem konkreten Falle zu bestimmen vermögen. Hier bezeichnet demnach die bona fides — wie Bruns[1]) nachweist — soviel als „Treue, Redlichkeit, Ehrlichkeit, Gewissenhaftigkeit im rechtlichen Verkehre". Im Sachenrechte ist vor allen Dingen die bona fides bei der Eigentumsersitzung eine der Voraussetzungen des Eintritts der mit derselben verbundenen Rechtswirkungen. Es wirft sich uns nun unwillkürlich die Frage auf: Ist dieser Begriff im Sachenrechte derselbe wie im Obligationenrechte, können wir also eine einheitliche Begriffsbestimmung derselben geben, und finden wir eine solche etwa in den Quellen?

Bei Gelegenheit der Betrachtung der Funktion der bona fides auf den verschiedenen Rechtsgebieten sucht Bruns[2]) nachzuweisen, daß der Begriff der

[1]) Seite 79. — [2]) § 5 Seite 81.

bona fides bei Verträgen und bei der Usukapion in der Grundlage derselbe ist, und daß beide in engster Verbindung miteinander ständen, „da die Verträge die causa für die Usukapion bilden, und daher das bona fide emere und possidere ganz ineinander übergehen", und er kommt demgemäß zu dem Ergebnis, daß man die bona fides für alle Rechtsverhältnisse als „Redlichkeit" [1] bezeichnen könne. Dieses ist ja allerdings insofern richtig, als der Grundgedanke dieses Begriffes wohl auf allen Gebieten als der gleiche in die Erscheinung tritt, und den wir mit Wächter[2] als „redliches Vertrauen, redliche, ehrliche Gesinnung" bezeichnen können. Aber wir sind deswegen noch nicht berechtigt, daraus eine für alle Rechtsgebiete zutreffende Definition abzuleiten, und wir geben Wächter[3] darin Recht, wenn er den Begriff der bona fides in Verbindung mit negotia und actiones, der durch das aequum et bonum einen rein objektiven Inhalt bekommen hat, von der rein subjektiven bona fides eines Besitzers trennt. Die Rechtsgebiete sind eben zu verschiedene, die Bedeutung der bona fides auf den einzelnen Rechtsgebieten eine zu ungleichartige, als daß wir das Wesen der bona fides durch eine einheitliche Definition in befriedigender Weise zum Ausdruck zu bringen vermöchten,[4] und vermissen wir daher auch in den Quellen einen alles umfassenden Ausdruck für die bona fides, indem diese sich vielmehr darauf beschränken, für den konkreten Fall die Erfordernisse der bona fides für die einzelnen Rechtsverhältnisse anzugeben, in denen allerdings der oben angedeutete Grundgedanke wiederkehrt, aus denen sich jedoch eine einheitliche Definition nicht entnehmen läßt.

Die vorliegende Arbeit wird sich nun darauf beschränken, den Begriff und das Wesen der bona fides für die Eigentumsersitzung zur Darstellung zu bringen ohne Rücksicht auf die Bedeutung derselben für die übrigen Rechtsgebiete. Es soll in einem ersten Teile die geschichtliche Entwickelung des Begriffes vom ältesten römischen Rechte bis zu dem vor allem durch das kanonische Recht modifizierten gemeinen Rechte dargestellt werden. In einem zweiten Teile wird sich dann eine Untersuchung darüber anschließen, welche Erfordernisse das Bürgerliche Gesetzbuch an die Beschaffenheit des guten Glaubens bei seinem Institute der Ersitzung aufgestellt hat, sowie ob und inwieweit dieser auch für die Eigentumsersitzung des B. G.-B. noch so erhebliche gute Glaube von den römischen und speziell den gemeinrechtlichen Erfordernissen abweicht.

[1] § 7 Seite 89. — [2] Seite 59, 60. — [3] Seite 59. — [4] s. dazu Hesse, Seite 351.

I. Teil:

Das römische und gemeine Recht.

1. Abschnitt: Das vorjustinianische Recht.

§ 2. Die usucapio der XII Tafeln. Entscheidung der Frage, ob bereits die XII Tafeln eine bona fides erforderten.

Unsere Aufgabe soll — wie bereits angedeutet — zunächst darin bestehen, festzustellen, ob in der römischen Usukapion zu allen Zeiten eine bona fides erforderlich gewesen ist. Zu diesem Zwecke werden wir in kurzen Zügen auf die geschichtliche Entwickelung dieses Rechtsinstitutes eingehen müssen.

In dem ältesten römischen Rechte finden wir bereits die Usukapion. Sie ist dort eine der zivilen Eigentumserwerbsarten, der schon die XII Tafeln Erwähnung tun. Der Wortlaut des betreffenden Satzes der XII Tafeln wird auf Grund von Cic. Top. IV, 23 und pro Caec. 19,54 regelmäßig so hergestellt: Usus auctoritas fundi biennium esto, ceterarum rerum annus.

Doch herrscht über den Wortlaut der Fassung Streit, und nicht minder über den Sinn und die Bedeutung der Worte „usus" und „auctoritas".

Hierüber eingehendere Untersuchungen anzustellen, würde uns jedoch zu weit von unserer Aufgabe entfernen, und wollen wir daher nur kurz den Versuch einer Erklärung dieser dunklen Worte der XII Tafeln angeben, die uns den Sinn dieser Bestimmung durchaus zu treffen scheint, wie sie von Mager[1]) ausgeführt ist. Mager faßt „usus" als Genitiv, abhängig von auctoritas, auf.[2]) In einer längeren Erörterung, in der er sich zum Beweis der Richtigkeit seiner Ansicht auf mehrere Quellenstellen beruft, legt er dar, daß usus zu bestimmen sei als „tatsächliche Ausübung eines Rechtes".

Eine ähnliche Auslegung des Wortes usus finden wir bei Karlowa,[3]) nach dem unter usus nicht nur der Besitz der Sache, sondern „die mit der Absicht, Eigentumsinhalt auszuüben, vorgenommene Ausübung solches Inhaltes" zu verstehen ist.

„Auctoritas" definiert Mager,[4]) indem er auf die Grundbedeutung des Stammwortes auctor zurückgeht, als „Fähigkeit, ein Recht zu erzeugen." Unter Zugrundelegung der Definitionen dieser Begriffe gibt Mager alsdann den Sinn der Bestimmung der XII Tafeln mit folgenden Worten wieder: „Die tatsächliche Ausübung eines Rechtes durch ein resp. zwei Jahre erzeugt den fehlenden Rechtserzeuger, erzeugt also das Recht selbst."[5])

---

[1]) § 7 Seite 19–24. — [2]) s. auch Karlowa, S. 388. — [3]) Seite 389 u. 392 a. E. [4]) Seite 23. — [5]) Seite 23.

Diese Erklärung kommt — mag sie auch etwas gekünstelt und gewagt erscheinen — unserer Ansicht nach dem Sinne des Gesetzes jedenfalls am nächsten, und ist deswegen auch durchaus anzuerkennen.

Ein solches Fehlen des Rechtserzeugers ist nach den XII Tafeln in zwiefacher Hinsicht möglich, indem nämlich ein Berechtigter eine Sache ohne Manzipation oder in iure cessio veräußerte, oder auch indem ein Nichtberechtigter eine Sache manzipierte.

Bestritten ist ebenfalls, ob zur Zeit der XII Tafeln bereits ein bona fides zur Eigentumsersitzung erforderlich war oder nicht.

Stintzing[1]) ist der Ansicht, daß zu dieser Zeit, „da die XII Tafeln über die Eigentumsersitzung keine anderen Bestimmungen enthalten haben als solche, welche die Zeit, den hostis, das furtum und die Unverjährbarkeit gewisser Objekte betrafen,[2]) eine bona fides noch nicht erforderlich gewesen ist,[3]) daß vielmehr, abgesehen von positiven Usukapionshindernissen, die Ersitzung ohne weitere Voraussetzung als einen ein- oder zweijährigen Besitz gestattet gewesen sei und nur dadurch begrenzt wurde, daß die Aneignung ein furtum enthielt. Die bona fides sei vielmehr erst von der actio Publiciana auf die usucapio übertragen worden.[4]) Zum Beweise für seine Ansicht beruft sich Stintzing auf die Rechtsinstitute der Usurezeptionen, nämlich die usureceptio fiduciae und usureceptio ex praediatura, und auf die usucapio pro herede, die von Gaius als improba (II, 55) und lucrativa (II, 56) bezeichnet wird. In diesen Fällen konnte allerdings eine Ersitzung ohne das Vorhandensein der bona fides eintreten. Jedoch durch diese Rechtsinstitute das Fehlen der bona fides bei der usucapio beweisen zu wollen, halte ich nicht für richtig. Meine Ansicht geht vielmehr dahin,[5]) daß die angeführten Institute Rechtssingularitäten sind, indem wir aus der ganzen Art und Weise, wie später Gaius ihrer erwähnt, schließen zu dürfen berechtigt sind, daß dadurch ihre Ausnahmestellung von der Regel angedeutet werden sollte.

Einen Stintzings Anschauung widersprechenden Standpunkt treffen wir schon bei Unterholzner an, der sich allerdings nicht direkt für diese Ansicht ausspricht, jedoch sehr zu derselben hinzuneigen scheint, wie folgende Stellen[6]) beweisen: „Was die usucapio selbst betrifft, so ist es allerdings weder erweislich noch wahrscheinlich, daß die XII Tafeln ausdrücklich etwas über die Notwendigkeit des redlichen Besitzes bestimmt haben sollten; aber es ist keineswegs unwahrscheinlich, daß man schon zur Zeit der XII Tafeln nicht geneigt war, die Vorteile der usucapio bei entschiedener Unredlichkeit eintreten zu lassen, und immerhin bleibt es gewagt, behaupten zu wollen, daß man zur Zeit der XII Tafeln von der Notwendigkeit eines redlichen Besitzes noch nichts gewußt habe."

Der oben angegebenen Auffassung Stintzings tritt v. Scheurl entgegen, welcher annimmt, daß dies Erfordernis des guten Glaubens dem Gedanken der Usukapion von Anfang an zu Grunde gelegen habe,[7]) und es nicht erst durch die spätere Zeit aufgestellt worden ist, „da man bei jedem römischen Rechtsinstitute voraussetzen könne, daß es sogleich bei seinem ersten Erscheinen die Keime seiner ganzen nachherigen Entwicklung vollständig in sich getragen habe."

Ihm stimmt Burckhard[8]) zu, jedoch weicht er in der Begründung von v. Scheurl ab und fordert überdies, daß auch bei der Ersitzung wegen eines

[1]) § 4 Seite 8. — [2]) Seite 14. — [3]) § 9 Seite 39. — [4]) Seite 46—52. — [5]) s. auch Brinz § 153 Seite 597. — [6]) I, Seite 318. — [7]) II, Seite 29 u. 30. — [8]) XXI, Seite 290—294.

lediglich formellen Mangels bona fides vorhanden sein müsse in dem Sinne, als diese nach ihm ist die Ueberzeugung, daß der Besitzer volente et concedente domino erworben habe und besitze.

Zu demselben Ergebnis wie v. Scheurl und Burckhard, freilich mit einer auf das Wesen der Sache mehr eingehenden Begründung, kommt Karlowa,[1] indem er von seiner Definition des usus ausgeht. Der Begriff usus als Ausübung eines Eigentumsinhaltes setzt nach ihm an sich eine gewisse Gutgläubigkeit voraus, da der „animus iuris exercendi", der zum usus in jenem Sinne erforderlich ist, bei demjenigen nicht vorhanden sein kann, der weiß, daß sein Erwerb ein unredlicher ist. Es sei allerdings erst ausdrücklich das Erfordernis der bona fides aufgestellt worden, als besondere materielle Eigentumserwerbsgründe als Grundlage der Usukapion gefordert wurden.

Auf ebendemselben Standpunkt steht schließlich auch Bechmann,[2] wie aus folgenden Worten hervorgeht: „Als juristisch relevantes Moment tritt die bona fides ohne Zweifel am frühsten in der Ersitzung auf. Denn die Meinung, daß es jemals eine normale Usukapion ganz ohne bona fides gegeben hat, wird derjenige nicht leicht teilen, der sich die Funktion der Ersitzung und namentlich ihren Zusammenhang mit dem Kaufe klargemacht hat."

Da wir uns der Ansicht Magers und Karlowas angeschlossen hatten, daß unter usus die Ausübung des Eigentumsinhaltes zu verstehen sei, so sind wir mit Karlowa ebenfalls der Meinung, daß auch bereits den XII Tafeln das Erfordernis der bona fides bei der Eigentumsersitzung nicht fremd gewesen ist.

§ 3. Die usucapio zur Zeit des Gaius und das Erfordernis der bona fides bei derselben.

Ueber die Fortentwickelung der usucapio nach den XII Tafeln vor der Kodifikation Justinians gibt uns Gaius Kunde. Er kennt noch dieselben zwei Arten, die wir bereits oben geschieden hatten, nur daß wir das Erfordernis der bona fides bei ihm bereits ausdrücklich hervorgehoben finden. Er erwähnt zunächst den Fall, daß jemand eine res mancipi nicht durch mancipacio oder in iure cessio, sondern durch nuda traditio erhalten hat. Hier handelt es sich also lediglich um eine Sanierung eines nur formell mangelhaften, materiell jedoch vollkommen gültigen Geschäftes.

Gaii Institutiones II, 41. Nam si tibi rem mancipi neque mancipavero neque in iure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex iure Quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias: semel enim impleta usucapione proinde pleno iure incipit, id est et in bonis et ex iure Quiritium tua res esse, ac si ea mancipata vel in iure cessa esset.

Wie Gaius erklärt (cf. II, 40), hängt diese Art zusammen mit der dem alten römischen Rechte eigentümliche Zweiteilung des Eigentums in quiritisches und bonitarisches Eigentum. An einer res mancipi konnte nur durch eine zivile Erwerbsart ein rechtes römisches Eigentum, ein dominium ex iure Quiritium, erworben werden. Wurde dieselbe durch nuda traditio übergeben, so entstand das zivile Eigentum zunächst noch nicht, sondern es bedurfte dazu erst des Ablaufes der Usukapionszeit. Die Frage, ob wir hier von einem Erfordernis der bona fides reden müssen, glaube ich verneinen zu dürfen. Der

[1] Seite 392. — [2] Geschichte des Kaufes I, S. 619.

Usukapient weiß, daß er formell nicht Eigentümer ist, und daß seinem Erwerbe ein formeller Mangel anhaftet, der erst durch den Ablauf der Usukapionszeit geheilt wird, und dieses sein Wissen schadet ihm nicht. Außerdem können wir es daraus schließen, daß Gaius hier von einer bona fides garnicht spricht, während er dieselbe in II, 43 ausdrücklich hervorhebt: „si modo eas bona fide acceperimus.“[1])

Der zweite Fall ist im § 43 erwähnt: Ceterum etiam earum rerum usucapio nobis competit, quae non a domino nobis traditae fuerint, sive mancipi sint eae res sive nec mancipi, si modo eas bona fide acceperimus, cum crederemus, eum qui traderet dominum esse. Dieses ist also der Fall, in dem jemand von einem Nichtberechtigten eine Sache tradiert erhält in dem guten Glauben, der Tradent sei Eigentümer. Nachdem nun Justinian den Unterschied zwischen zivilem und bonitarischem Eigentum völlig beseitigt hatte, verlor der erste Fall seine Bedeutung. Der zweite blieb jedoch auch nach der Kodifikation Justinians noch von Wichtigkeit, und werden wir diesen Fall daher bei der Betrachtung des justinianischen Rechtes behandeln, zu der wir jetzt übergehen wollen.

2. Abschnitt: Das justinianische Recht.

§ 4. Begriff und Inhalt der bona fides.

Wie bereits im § 3 angedeutet, war der auch für das justinianische Recht noch praktische Fall der Ersitzung regelmäßig der, daß jemand eine Sache usukapiert, die ihm vom Nichteigentümer tradiert war. Diesen Tatbestand hat auch die lex 109 D 50,16 im Auge — ob wir diese als Legaldefinition auffassen, wie es Brinz, Stintzing und auch Jonas tun, oder ihr diesen Charakter abstreiten, wie Bruns und Benz, halte ich für die Entscheidung unserer Frage nicht für so bedeutungsvoll; doch möchte auch ich diese Stelle nicht gerade als Legaldefinition bezeichnen,[2]) sie hebt eben nur einen Hauptfall hervor, ohne uns den Begriff in seinem vollen Umfange anzugeben — lex 109 D 50,16 Bonae fidei emtor esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse, aut putavit eum qui vendidit ius vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse.

Aus dieser Bestimmung können wir für die Feststellung unseres Begriffes folgende Schlüsse ziehen: 1. bona fides ist, falls man eine Sache von einem Nichteigentümer erhält, die Unkenntnis, daß die Sache eine fremde sei, daß sie dem Veräußerer nicht gehöre. Während hier also lediglich Nichtwissen verlangt wird, finden wir jedoch an anderen Stellen das positive Erfordernis des Glaubens, daß der Tradent Eigentümer sei, aufgestellt,[3]) so in § 35 J 2,1 Si quis a non domino, quem dominum esse crederet, bona fide fundum emerit . . . sowie pr. J. 2,6 Jure civili constitutum fuerat, ut qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, cum crediderit eum dominum esse, rem emerit, lex 27 D. 18,1 Qui a quolibet rem emit, quam putat ipsius esse, bona fide emit.

2. Nicht stets ist ein solcher Glauben an das Eigentum des Veräußerers erforderlich, zuweilen genügt vielmehr schon der Glaube, daß der Tradent zur

[1]) So auch Sell I, § 55 Seite 212. — [2]) s. Wächter, § 17 Seite 76. — [3]) s. Burckhard XXI, Seite 298.

Verfügung über die Sache befugt sei, falls man nämlich von einem Stellvertreter erwirbt (putavit eum qui vendidit ius vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse). Als Beweis hierfür führen wir noch an die lex 14 D 41,4 quaesitum est, cum scierit partem fundi absentis esse, an totum fundum longa possessione ceperit. respondit, si credidisset mandatu fratris venisse, per longum tempus cepisse.

Im Gegensatz hierzu kann derjenige, der weiß, daß die Sache eine fremde ist, der malae fidei possessor, nicht ersitzen: lex 2 § 17 D 41,4 si eam rem, quam pro emtore usucapiebas, scienti mihi alienam esse vendideris, non capiam usu.

Zunächst wird es uns wohl in Erstaunen versetzen, daß die Quellen den Begriff der bona fides bald positiv als Glauben, bald negativ als Nichtwissen bezeichnet haben. Aus diesem ganz willkürlichen Wechsel in den Ausdrücken können wir schon den Schluß ziehen,[1] daß der Unterschied zwischen ihnen wohl nicht ein so erheblicher ist. So sucht auch Burckhard[2] den Nachweis zu führen, daß die bona fides sich in abstracto weder als putare, noch als nescire bestimmen lasse, sondern daß es auf den konkreten Fall ankomme, ob es dieses oder jenes sein müsse. Unterzieht man jedoch die Entscheidungen der Quellen in dieser Beziehung einer näheren Betrachtung,[3] so werden wir finden, daß sie in der Regel die Ausdrücke ignorare und nescire verwenden und nur dann von einem putare oder credere reden, wenn die konkreten Umstände Zweifel an der Redlichkeit des Besitzers hervorzurufen imstande waren. Demgemäß wird sich im gewöhnlichen Verkehre die bona fides regelmäßig in einem Nichtwissen, daß die Sache eine fremde sei, äußern. Der Käufer z. B. denkt doch in den meisten Fällen nicht ernstlich darüber nach, ob die gekaufte Sache auch in der Tat dem Veräußerer gehöre. Dieses wird er vielmehr erst tun, wenn besondere Ereignisse ihn dazu veranlassen; im übrigen sieht er es als selbstverständlich an, das dem Verkäufer auch wirklich die Sache gehört. Aber die Quellen stellen auch garnicht dieses Verlangen des Ueberlegens an ihn. Weitere Anforderungen als Glauben resp. als Nichtwissen lassen sich quellenmäßig nicht begründen. Reden die Quellen doch stets nur von einem credere, putare, existimare, niemals dagegen bestimmen sie etwas über den Grund des Glaubens,[4] was sie doch sicherlich getan hätten, wenn sie in dieser Hinsicht irgendwelche Anforderungen zu stellen beabsichtigt hätten, zumal die Quellen dort, wo sie bei dem scire oder nescire eine Ueberlegung erfordern, dieses Erfordernis ausdrücklich hervorzuheben und auszusprechen pflegen,[5] so lex 7 § 2 D 41,4 quia aut scit servus peculium sibi concessum non esse aut scire debet. — Lex 14 § 10 D 21,1 ad eos enim morbos vitiaque pertinere edictum aedilium probandum est, quae quis ignoravit vel ignorare potuit. Lex 19 D 14,6 Julianus scribit exceptionen senatus consulti Macedoniani nulli obstare, nisi qui sciret aut scire potuisset filium familias esse eum cui credebat.

Zu unsern Fällen dagegen wird dem credere stets nur das rein subjektive ignorare entgegengesetzt, und daraus können wir schließen,[6] daß es hier lediglich auf die Ueberzeugung der Person ankommt, daß aber eine auch objektiv begründete Ueberzeugung und eine objektive Entschuldbarkeit des Glaubens nicht erfordert werden. Diese objektiven Momente können — wie Wächter[7]

[1] s. Scheurl II, Seite 67. — [2] XXI, Seite 329—333. — [3] s. hierzu Hesse 58, Seite 346/7 u. 350/1. — [4] s. Stintzing § 16 Seite 65. — [5] s. Hesse 58, Seite 351, Note 115. — [6] s. auch Wächter, § 15 Seite 65—67, § 17 Seite 76 u. 77. — [7] Seite 66.

hervorhebt — von Wichtigkeit für die Feststellung des Vorhandenseins der bona fides werden, doch unerläßliche Bedingungen der bona fides sind sie nicht.

Aus diesen Gründen können wir uns mit Bruns Ansicht nicht einverstanden erklären, der das objektive Moment in einem solchen Grade in das Erfordernis der bona fides hineinträgt, daß eine Usukapion wohl kaum mehr denkbar sein würde, wenn wir seine Postulate unseren Entscheidungen zu Grunde legen würden. Nach Bruns[1]) kann „als redlicher Besitzer schon nach natürlichem sittlichem Gefühle nicht der gelten, der in leichtfertiger eigennütziger Verblendung etwas zu seinem Vorteile glaubt, sondern nur der, der nach ehrlicher und gewissenhafter Ueberlegung eine auch objektiv gegründete Ueberzeugung faßt. Der bloße faktische Glaube dürfe über einen derartigen Erwerb und Verlust nicht entscheiden, und nicht darauf komme es an, was jemand faktisch wirklich glaubte, sondern darauf, was er zu glauben als redlicher Mann befugt war, was er hätte glauben oder wissen können und sollen. Das Prinzip der bona fides sei eben hier nicht ein psychologisches, sondern ein ethisch-rechtlich-kommerzielles". Darauf sucht er, wiederum von dem Begriffe der bona fides bei der Anwendung auf die Verträge ausgehend, diese seine Ansicht zu begründen und nachzuweisen, daß die Römer nur den nach redlicher Ueberlegung gewonnenen Glauben als bona fides bezeichnet hätten.[2])

Daß wir diese Definition der bona fides als eine objektiv begründete Ueberzeugung verwerfen, haben wir bereits oben näher ausgeführt und zu begründen versucht, es bleibt uns also nur noch zu prüfen übrig, ob die Stellen, die Bruns als Beweis für seine Behauptung geltend macht, in der Tat ausschlag gebend und dementsprechend unsere Anschauung zu widerlegen imstande sind. Bruns führt zum Beweis für seine Ansicht zunächst an die lex 7 § 6 D 41,4 quod si emtor cum procuratore collusit et eum praemio corrupit, quo vilius mercaretur, non intellegetur bonae fidei emtor nec longo tempore capiet.

Diese Stelle faßt Bruns[3]) nun so auf, daß, wenn der Käufer nicht als bonae fidei emtor angesehen werde, dieses nicht besage, er könne nicht als irrender und glaubender Käufer angesehen werden, sondern nur, daß er nicht als redlicher Käufer gelten könne. Nach dem Glaubensprinzip dagegen müsse der Käufer, wenn er an das Eigentum und die unbeschränkte Verkaufsvollmacht des Prokurators glaube, usukapieren können.

Daß diese Stelle jedoch auch mit dem Glaubensprinzip völlig in Einklang gebracht werden kann, wird die folgende Erörterung zeigen. Von den verschiedenen Auslegungsversuchen, die diese Stelle erfahren hat, sollen nur genannt werden die von Schirmer XV S. 251, Karlowa S. 395, Bechmann 75, S. 283.

Burckhard[4]) nimmt an, der Erwerber, der den Prokurator bestochen habe, könne nicht glauben, volente et concedente domino erworben zu haben, daher sei er nicht bona fide und könne deswegen nicht ersitzen.

Treffender scheint uns die Erklärung von Mager[5]) zu sein, die wir uns zu eigen machen wollen. Dieser beruft sich auf den Satz, daß der Mandatar, der die Grenzen des Auftrages überschreite, „nullum agit", und daß der Geschäftsherr dann das Eigentum der Sache nicht verliert, wenn der Mandatar sie unter dem Preise verkauft und führt er als Beweis an die lex 1 § 3 D 21,3 Celsus ait: si quis meam rem vendidit minoris quam ei mandavi,

[1]) Seite 16. — [2]) Bruns, § 7 Seite 89, 90, § 8 Seite 92. — [3]) Bruns, Seite 90. — [4]) XXI, Seite 301. — [5]) § 11 Seite 44.

non videtur alienata et, si petam eam, non obstabit mihi haec exceptio: quod verum est.

Denselben Grundsatz finden wir auch ausgesprochen in der lex 5 §§ 3 und 4 D 17,1.

Bei jedem Mandat reicht die Vollmacht des Vetreters ferner nur soweit, als der Vertreter tatsächlich die Interessen seines Auftraggebers vertritt. Ueberschreitet der Vertreter wissentlich die Grenzen seiner Vollmacht zum Nachteile seines Auftraggebers, so gilt die Rechtshandlung als nicht für den Herrn vorgenommen und ist für ihn nicht verbindlich, es fehlt also dem Vertreter dann in diesem Falle das ius vendendi. Da der Käufer nun in unserem Falle den Vertreter selbst zu dieser dolosen Handlung angestiftet hat, so weiß er auch, daß der Verkäufer das ius vendendi nicht hat, befindet sich somit beim Erwerbe in mala fide und kann aus diesem Grunde nicht usukapieren. Hieraus folgt, daß diese Entscheidung auch mit dem Glaubensprinzip durchaus in Einklang zu bringen ist.

Zu billigen ist auch Hesses Auslegung,[1] nach dem die Worte: non intellegetur bonae fidei possessor auf den Titel Bezug haben, da hier ein dolloses Geschäft vorliegt, das durch Kollusion des Käufers mit dem Prokurator zustande gekommen ist, und das deswegen zu einer Usukapion nicht führen kann. Diese Erklärung hat den Vorzug der Einfachheit und Kürze für sich, da sie sich nicht auf die Sätze des Mandates zu berufen nötig hat, sondern sich darauf allein stützt, daß hier von der eigentlichen bona fides nicht die Rede ist.

Derselben Ansicht wie Hesse ist auch Jonas.[2] Auch nach ihm betrifft diese bona fides den Kaufvertrag, und hat sie infolgedessen mit der bona fides bei der Usukapion nur indirekt zu schaffen. Ferner ergiebt sich nach ihm die in dieser Stelle getroffene Entscheidung schon aus dem in der lex 6 C. 7,33 ausgesprochenen Prinzip: si fraude et dolo ... facta venditio est, hanc confirmare non potuit consequens tempus, cum longi temporis praescriptio in malae fidei contractibus locum non habeat.

Auch die lex 1 C 8,29, die Bruns darauf anführt, ... si probatum fuerit tuum creditorem, cui ius distrahendi pignora fuit, dolo malo vendidisse fundum ... et probatum fuerit emtorem mala fide emisse ... restituere tibi fundum cum fructibus malae fidei emtorem iubebit, wäre in derselben Weise zu widerlegen, da hier derselbe, oder jedenfalls ein ähnlicher Tatbestand vorliegt wie in der vorhin besprochenen Stelle. Auch hier bezieht sich ferner das „dolo malo vendidisse" auf den Titel. Die lex 8 D 41,4 si quis, cum sciret venditorem pecuniam statim consumpturum, servos ab eo emisset, plerique responderunt eum nihilo minus bona fide emtorem esse ist ebenfalls nicht geeignet, unsere Ansicht in irgendeiner Weise zu entkräften. Es handelt sich in diesem Falle nämlich nicht darum, ob hier ein redliches Benehmen vorliege und der Käufer als ein redlicher gelten könne — wie Bruns meint — sondern vielmehr nur darum, ob dieses an sich zweifelsohne unredliche Verhalten den Käufer hinsichtlich der Usukapion zu einem malae fidei emtor mache.[3] Dieses muß verneint werden, da ein moralisch nicht zu billigendes Verhalten, wenn es nur die rechtlichen Erfordernisse erfüllt, nicht imstande ist, den Käufer zu einem malae fidei emtor zu machen, und somit der Usukapion hindernd in den Weg zu treten.[4]

[1] Hesse 58, Seite 358. — [2] Seite 9 u. 10. — [3] So auch Mager, Seite 9—11. — [4] s. Unterholzner I, § 117 Seite 403; Jonas, Seite 10; Schirmer XV, Seite 248/9.

Endlich mag noch erwähnt werden Vat. fragm. § 1 Qui a muliere sine tutoris auctoritate sciens rem mancipi emit, vel falso tutore auctore, quem scit non esse, non videtur bona fide emisse.

Durch das „non bona fide emisse videtur" soll keineswegs zum Ausdruck gebracht werden, daß der Käufer nicht redlich handle — wie Bruns [1]) deutet — sondern daß ihm, dem die Mängel des abgeschlossenen Kaufes bekannt sind, die iusta causa possessionis fehle [2]), er also nur pro possessore besitze. Auch diese bona fides bezieht sich also auf den Titel [3]) und hängt mit der jetzt von uns betrachteten bona fides nicht zusammen.

Aus unseren oben angestellten Betrachtungen geht weiter hervor, daß wir auch die Definition derer, die die bona fides als den positiven Glauben rechtmäßigen Erwerbes bestimmen, aus dem Grunde nicht billigen können, weil die bona fides ein negativer Begriff ist [4]).

Wir haben soeben nachzuweisen versucht, daß zur bona fides lediglich ein subjektives nescire oder putare genügt, und wenden uns jetzt der ebenfalls sehr bestrittenen Frage zu, ob und inwieweit Zweifel des Usukapienten an der Rechtmäßigkeit seines Besitzes die bona fides zu vernichten imstande sind.

Moellenthiel [5]) spricht sich dahin aus, daß der Zweifel den guten Glauben zerstöre, da der Usukapient, wenn er die Möglichkeit einer Usukapion bei sich überlegt und aus irgend einem Grunde an seinem Eigentum zweifelt, nicht mehr mit Bestimmtheit glauben kann, Eigentümer geworden zu sein, und demnach nicht im guten Glauben ist. Allerdings gibt er selbst zu, daß die Quellen dieses nirgends ausdrücklich aussprechen, sie vielmehr den Zweifel gewöhnlich gleichbedeutend mit dem Nichtwissen angesehen haben. An einer anderen Stelle ist er jedoch dann der Ansicht, daß der bloße Zweifel die bona fides nicht ausschließt [6]): „Daraus geht hervor, daß dem guten Glauben, so wie ihn das kanonische Recht als fortwährende Bedingung der Verjährung vorschreibt, ein bloßer Zweifel ebensowenig schaden könne, als dem anfänglichen guten Glauben nach römischem Rechte." Auch nach Brinz [7]) ist der Zweifel am Auktorrechte — „vorausgesetzt, daß er in den Umständen, nicht in bloßer Scrupulosität begründet ist" — mit der bona fides unvereinbar.

Ich möchte mich zur Begründung der entgegengesetzten Ansicht auf Möllenthiels Aeußerung berufen, daß die Quellen die von ihm vertretene Anschauung nirgends ausdrücklich aussprechen, und bin vielmehr der Meinung, daß die Zweifel an sich nicht stets die bona fides beseitigen [8]). Nimmt allerdings der Zweifel eine solche Stärke an, daß er den Glauben an das Vorhandensein unseres Rechtes gänzlich zurückdrängt und in Frage stellt, so wird er hier sicherlich den guten Glauben ausschließen. Mit Wächter können wir ferner zugeben, daß eine bona fides auch dort nicht angenommen werden kann, wo die Zweifel für und gegen in einem solchen Maße auftreten, daß man zu einem entschiedenen Glauben an sein Recht nicht gelangen kann. Wenn jedoch der Glaube an die Existenz des Rechtes die etwa auftauchenden Zweifel weit übertrifft, so sind wir auch in diesem Falle eine bona fides anzunehmen berechtigt, zumal die Quellen in dieser Hinsicht eine Bestimmung nicht getroffen haben, und wir diese Frage daher aus dem Wesen der bona fides zu entscheiden

[1]) Seite 91. — [2]) s. Hesse 58, Seite 358—359; Karlowa, Seite 391. — [3]) anders Burckhard, Seite 302—301. — [4]) s. Förster-Eccius, § 177 Seite 238/9 u. Note 25. — [5]) Seite 38 u. 39 Note 118. — [6]) Seite 118. — [7]) I, § 161 Seite 631. — [8]) s. Wächter, §§ 9—11 Seite 34—42; Schirmer XV, Seite 225/6. —

genötigt sind, wir aber einen Zweifel mit dem Begriffe des guten Glaubens für durchaus vereinbar halten.

Diese Ansicht ist jedoch stets sehr angefochten worden, und berufen sich die Gegner in der Regel auf folgende Quellenstellen: lex 6 § 1 D 41,4 Si ex decem servis, quos emerim, aliquos putem alienos et qui sint sciam, reliquos usucapiam: quod si ignorem, qui sint alieni, neminem usucapere possum.

Wir werden nun zeigen, daß diese Entscheidung mit der von uns vertretenen Ansicht in jeder Beziehung übereinstimmt. Im ersten Falle weiß der Käufer ganz genau, welche von den zehn Sklaven er vom Nichteigentümer erworben hat; diese kann er nicht ersitzen, da er bei diesen in mala fide ist. Andererseits kann er selbstverständlich die übrigen ersitzen, bei denen ihm garnicht der Gedanke kommt, sie könnten fremde sein — glaubt er doch auf das bestimmteste, die ihm nicht gehörigen Sklaven zu kennen — also ist er hinsichtlich dieser in bona fide, und kann er sie daher usukapieren. Anders im zweiten Falle. Hier weiß der Käufer nicht, welche seine eigenen Sklaven, und welche die alieni sind, nur davon ist er überzeugt, daß sich einige fremde Sklaven unter ihnen befinden. Daher kann er von keinem die Ueberzeugung haben, daß er ihm gehöre, vielmehr sind die Zweifel an dem Eigentum eines jeden einzelnen Sklaven so stark und müssen so sehr die Ueberhand gewinnen, daß sie den guten Glauben garnicht aufkommen lassen; also muß er sich hinsichtlich eines jeden Sklaven in mala fide befinden, und kann er infolgedessen keinen usukapieren. Hierdurch glauben wir den Beweis erbracht zu haben, daß diese Vorschrift keineswegs in Widerspruch mit der von uns vertretenen Anschauung steht.[1])

Ganz derselbe Tatbestand liegt zu Grunde der lex 4 pr. D 41,4. Emtor fundi partem eius alienam esse non ignoraverat: responsum est nihil eum ex eo fundo longa possessione capturum. quod ita verum esse existimo, si quae pars aliena esset in eo fundo, emtor ignoraverat: quod si certum locum esse sciret, reliquas partes longa possessione capi posse non dubito und wäre daher der Beweis in ganz derselben Weise durchzuführen, und würde also auch diese Bestimmung nicht gegen unsere Meinung sprechen. Zum Beweis für unsere Anschauung könnten wir auch noch anführen die lex 30 C. 8,44 (45).[2]) Non ex eo, quod duplam qui a matre tua mancipium comparavit evictionis nomine stipulatus est, alienae rei scientia convincitur, nec opinio eius ex hoc laeditur, ut malae fidei emtor existimetur, aliis itaque hoc indiciis, si vis, probare debes.

Diese Eviktionsstipulation beweist doch, daß der Käufer an die Möglichkeit dachte, sein Auktor sei nicht der wahre Verfügungsberechtigte. Der Käufer will sich daher in omnem eventum sichern. Trotz dieses Zweifels wird er nicht als malae fidei possessor bezeichnet, und könnte er daher auch trotz Vorhandenseins dieses Zweifels ersitzen.[3]) Also auch hier ein Beweis, daß ein jeder schwache und unbedeutende Zweifel nicht stets geeignet ist, den Besitzer zu einem malae fidei possessor zu machen.

Auf dem von uns vertretenen Standpunkte steht auch Windscheid,[4]) wie aus folgenden Worten hervorgeht: „Ueberwiegen die Gründe auf der einen oder anderen Seite, so ist immerhin eine Ueberzeugung vorhanden".

---

[1]) s. hierzu auch Unterholzner I, § 118 S. 409—410. — [2]) Wächter § 9 Seite 36; Schirmer Seite 226/27; Jonas S. 11. — [3]) anders Mager, Seite 69—70. — [4]) § 176 Note 3 Seite 810.

Die Wirkung der bona fides findet allerdings ihre Grenze dort, wo objektive Usukapionsverbote im einzelnen Falle die Ersitzung ausschließen. Lex 24 pr. D. 41,3. Ubi lex inhibet usucapionem, bona fides possidenti nihil prodest. — Lex 136 D. 50,17. Bona fides tantumdem possidenti praestat, quantum veritas, quotiens lex impedimento non est.[1])

Die Wirkung der bona fides ist andererseits nur da von Bedeutung, und ist eine bona fides nur da erforderlich, wo tatsächlich irgend ein Mangel im Rechte des Auktors vorliegt,[2]) da ja auch nur unter diesen Umständen eine Ersitzung möglich ist. War von Anfang an gültig Eigentum übergegangen, so ist der Glaube des Erwerbers, es sei irgendein Mangel vorhanden, bedeutungslos, und es kann demgemäß selbst eine mala fides dem Eigentumserwerbe nicht schaden. Es kommt dann eben mehr auf den wahren Sachverhalt, als auf die Vorstellung des Subjektes an. Dieses ist der Sinn der lex 9 § 4 D. 22,6. Qui ignoravit dominum esse rei venditorem, plus in re est, quam in existimatione mentis: et ideo, tametsi existimet se non a domino emere, tamen, si a domino ei tradatur, dominus efficitur.

Denselben Grundsatz spricht aus die lex 2 § 2 D. 41,4. Si sub conditione emtio facta sit, pendente conditione emtor usu non capit. idemque est et si putet conditionem extitisse, quae nondum extitit: . . . contra si extitit et ignoret, potest dici secundum Sabinum, qui potius substantiam intuetur quam opinionem, usucapere eum.[3])

Der erste Teil ist nicht von Bedeutung für unsere gegenwärtige Frage und nur des Verständnisses halber mit angegeben. Es handelt sich hier um einen suspensivbedingten Kauf, und es wird entschieden, daß der Käufer nicht ersitzen könne, solange die Bedingung nicht eingetreten, selbst wenn er irrtümlich annahm, daß dies bereits der Fall sei. Dagegen sagt der zweite Teil, wenn die Bedingung eingetreten ist, so kann er ersitzen, selbst wenn er von dem Eintritte der Bedingung garnichts weiß, da der wahre Sachverhalt, nicht die subjektive Anschauung des Käufers, maßgebend wäre.

Diese Stelle in der Weise zu deuten, daß die Ersitzung eintritt, obgleich der Usukapient bösgläubig ist — wie Windscheid es tut —, halte ich nicht für richtig. Der Usukapient ist nämlich in bona fide,[4]) da diese erfordert nur in diesem Falle, daß der Erwerber den Veräußerer für den Eigentümer hält, und dieses liegt hier vor. Ist nun diese bona fides vorhanden, so tritt der Beginn der Usukapion ein mit dem Wegfalle des Hindernisses, das den Beginn nur hemmte, selbst wenn der Besitzer von diesem Wegfalle nichts weiß.

Insofern ist diese Stelle ferner noch für uns von Wichtigkeit, als wir an derselben die Unrichtigkeit von Moellenthiels Definition der bona fides, nach der die bona fides ist der durch einen juristischen Grund gerechtfertigte Glaube des Besitzers, Eigentümer geworden zu sein, nachzuweisen vermögen. Da der Käufer nämlich nicht weiß, daß die Bedingung bereits eingetreten ist, so kann er auch nicht glauben, Eigentümer geworden zu sein; trotzdem geht aber die Usukapion vor sich, und ergiebt sich demnach daraus, daß in diesem Falle Moellenthiels Definition nicht zutrifft, daß sie also wohl zu eng begrenzt ist.

In derselben Weise lassen sich endlich noch erklären: lex 3 D. 41,6. S, vir uxori vel uxor viro donaverit, si aliena res donata fuerit, verum esti

[1]) s. dazu Schirmer XV, 208—210; Burckhard XXI, 313. — [2]) s. Stintzing § 18, Seite 73 ff; Savigny Bd. III, Beilage VIII, Nr. 10 S. 354 ff. — [3]) s. Scheurl II, § 11 Seite 54—55; Windscheid § 177, 5 und Note 9 Seite 814 — [4]) s. Jonas, Seite 12.

quod Trebatius putabat, si pauperior is qui donasset non fieret, usucapionem possidenti procedere, und lex 25 D. 24,1. Sed et si constante matrimonio res aliena uxori a marito donata fuerit, dicendum est confestim ad usucapionem eius uxorem admitti. quia et si non mortis causa donaverat ei, non impediretur usucapio. nam ius constitutum ad eas donationes pertinet, ex quibus et locupletior mulier et pauperior maritus in suis rebus fit: itaque licet mortis causa donatio interveniat. quasi inter extraneas personas fieri intellegenda est in ea re, quae quia aliena est usucapi potest.

Es handelt sich in beiden um eine Schenkung unter Ehegatten. Der beschenkte Ehegatte hält den schenkenden für den Eigentümer.[1]) Es ist also die bona fides als der Glaube, daß der Veräußerer Eigentümer der Sache sei, vorhanden. Glaubt aber der beschenkte Ehegatte nun, der schenkende Ehegatte sei Eigentümer der Sache, so liegt wegen des Verbotes der Schenkungen unter Ehegatten eine gültige Schenkung nicht vor, vielmehr ist dieselbe nichtig (s. lex 1 D. 24,1). Jetzt ist aber in diesem Falle die Schenkung gültig, da die Sache eine fremde ist, der schenkende Ehegatte also durch die Schenkung nicht ärmer geworden ist. Da unter diesen Umständen die Erfordernisse der Usukapion und die bona fides, als der Glaube an das Recht des Auktors, vorhanden sind, so kann die Usukapion eintreten ungeachtet der subjektiven Ansicht des Usukapienten. Das Bewußtsein der unerlaubten Schenkung beruhte in diesem Falle eben auf einem Irrtume und schadet daher nicht: plus est in re quam in existimatione mentis.

Die Begriffsbestimmung der bona fides als das Nichtwissen, daß die Sache eine fremde ist, scheint dadurch eine Einschränkung zu erfahren, daß wir in den Quellen Beweise dafür finden, daß jemand, sciens rem alienam esse, usukapieren konnte, und müssen wir daher prüfen, inwiefern diese Stellen auf unser bis jetzt gewonnenes Ergebnis abändernd einzuwirken imstande sind. Es kommt hier vor allem in Betracht die lex 28 D. 9,4. Et generaliter si alieni servi nomine, qui tibi iustam servitutem serviret, noxali tecum egerim tuque eum mihi noxae dederis . . . et secundum haec usu quoque me capturum, quamvis sciens alienum possideam.[2])

Der Tatbestand ist hier also der, daß der bonae fidei possessor eines fremden Sklaven durch noxae deditio diesen wegen Anstiftung eines Schadens dem Kläger überläßt. Dann kann der Kläger den Sklaven usukapieren, obgleich er weiß, daß der Beklagte nicht Eigentümer ist und also Eigentum nicht übertragen kann. Der Grund dieser Entscheidung ist darin zu suchen, daß selbst der Eigentümer des Sklaven die Veräußerung als zu Recht bestehend anerkennen muß, der ja den Sklaven hätte ebenfalls preisgeben oder den Schaden hätte ersetzen müssen, wenn er noch im Besitze des Sklaven gewesen wäre. Daher ist auch der gegenwärtige Besitzer zur Uebertragung des Besitzes berechtigt, während es dem Kläger nicht schadet, daß er weiß, der Beklagte ist nicht Eigentümer der Sache, wird doch durch dieses Wissen der Glaube des Klägers an das Recht, zur Aneignung der Sache befugt zu sein, nicht ausgeschlossen.[3]) Er

[1]) s. Burckhard XXI, Seite 314; Stintzing, Seite 81—83; Jonas, Seite 12; Scheurl II, Seite 56; anders Windscheid, § 176 Note 6 Seite 811; § 177 Note 9 Seite 814 und § 178 Note 7 Seite 817. — [2]) s. hierzu Hesse 58, XV Seite 313; Stintzing, Seite 78; Jonas, Seite 14; Wächter, Seite 71; Burckhard XXI, Seite 300—301; Windscheid, § 176 Note 6 Seite 811; Mager, Seite 31—32. — [3]) Hesse 58, Seite 326.

ist also, trotzdem er weiß, daß die Sache eine fremde ist, als bonae fidei possessor anzusehen und kann deswegen ersitzen.

Fassen wir das Gesagte nun noch einmal kurz zusammen, so war der Weg, den wir zurückgelegt haben, folgender: Wir waren davon ausgegangen, daß die Quellen die bona fides bald als nescire, ignorare, bald als credere, putare bezeichnen, daß wir aber im allgemeinen ein ignorare, rem alienam esse als ausreichend annehmen müssen. Hinreichend ist das rein faktische Nichtwissen oder Glauben, eine wohlbegründete Ueberzeugung ist nicht erforderlich. Bloße Zweifel schließen nicht unter allen Umständen die bona fides aus. Die bona fides kann allerdings ein objektives Usukapionsverbot nicht außer Kraft setzen, während ihr Nichtvorhandensein bedeutungslos ist bei einem vollkommen fehlerfreien Eigentumserwerbsakt. Es ist endlich sogar ein scire, rem alienam esse, der bona fides nicht hinderlich, wenn der Usukapient trotz dieser Kenntnis zu dem Glauben an sein Recht, sich die Sache aneignen zu dürfen, befugt ist, d. h. dann, wenn der Besitzerwerb kein dolloses Handeln gegen den Eigentümer enthält.

Somit können wir die bona fides bestimmen als das Nichtwissen, daß die Sache eine fremde sei, oder als den Glauben, daß der Veräußerer Eigentümer, oder zur Uebertragung des Besitzes an der zu ersitzenden Sache berechtigt sei.

§ 5. Entscheidung der Frage, gegen wen diese bona fides zu beobachten sei.

Nachdem wir durch die obigen Erörterungen nachzuweisen versucht haben, welches der Begriff und der Inhalt der bona fides sei, bedarf es jetzt der Feststellung, gegen wen diese bona fides zu beobachten ist.[1])

Wollen wir zu einer befriedigenden Lösung dieser Frage gelangen, so müssen wir davon ausgehen, wem diese Usukapion zum Nachteile gereicht, und in wessen Interesse das Erfordernis der bona fides daher aufgestellt ist. Wir hatten angenommen, daß der Usukapient nicht wissen dürfe, daß die Sache eine fremde sei, daß sie nicht dem Veräußerer, sondern einem Dritten gehöre. Dieser Dritte, der wahre Eigentümer, ist es, der durch die Usukapion geschädigt wird, da er durch dieselbe seines Eigentums verlustig geht. Diesem gegenüber ist deswegen auch die bona fides zu wahren. Im Gegensatz zum bonae fidei possessor wird derjenige, der weiß, daß die Sache, die er im Besitz hat, eine fremde ist — wie wir bereits oben angedeutet hatten — als malae fidei possessor bezeichnet. Gegen die bona fides verstößt der Erwerber, also malae fidei possessor ist er jedoch nur dann, wenn er gegen den wahren Eigentümer der Sache sich des dolus schuldig macht, d. h. wenn er ihn wissentlich schädigt, wie sich ergiebt aus lex 3 § 3 D. 17,2 quia fides bona contraria est fraudi et dolo.[2])

Durch jedes Nichtwissen wird aber der dolus ausgeschlossen. Infolgedessen ist in dieser Hinsicht nur zu erfordern, daß der Usukapient nicht absichtlich die Interessen des Eigentümers dadurch schädigt, daß er wissentlich von einem Nichteigentümer oder Nichtverfügungsberechtigten eine Sache erworben hat. Ist nur dem wahren Eigentümer gegenüber die bona fides beobachtet, so kann das Verhalten gegen den Kontrahenten noch so wenig den Grundsätzen der Redlichkeit

[1]) s. hierzu Hesse 58, Seite 318, 324, 325, 356; Mager, § 4 Seite 9—13. — [2]) s. auch Schirmer XV, Seite 215.

entsprechen — wie die bereits erwähnte lex 8 D. 41.4 (s. Seite 9) beweist — die Usukapion wird trotzdem, eben wegen der Beobachtung der bona fides gegen den wahren Eigentümer, vor sich gehen.

Diese Erörterungen gewähren uns die Möglichkeit, den Begriff der bona fides noch dahin zu vervollständigen, daß die bona fides sich darstellt als das Nichtwissen, daß die Sache eine fremde ist, und daß durch die Aneignung das Recht des Eigentümers verletzt wird. Daraus ergibt sich endlich, daß die Definition Schirmers und Windscheids:[1] „Die bona fides ist die positive Ueberzeugung, daß durch die Aneignung niemandem ein materielles Unrecht zugefügt wird", auch insofern zu weit geht, als die bona fides nicht gegenüber jedem, sondern nur gegenüber dem wahren Eigentümer beobachtet werden muß.

§ 6. Begriff und Inhalt derjenigen bona fides, die sich darstellt als der Glaube, durch einen mangelfreien Titel erworben zu haben.

Wie wir bereits mehrfach hervorgehoben hatten, griff im römischen Rechte die Ersitzung in der Regel dort ein, wo jemand von einem Nichteigentümer eine Sache erworben hatte. Im übrigen mußten aber alle Bedingungen erfüllt sein, die zu einem vollgültigen Eigentumserwerb erforderlich waren. Den sofortigen Eigentumsübergang hinderte nur allein der Umstand, daß der Veräußerer nicht Eigentümer oder nicht zur Uebertragung befugt war, also den Erwerber nicht zum Eigentümer machen konnte, denn nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet (cf. lex 54 D. 50, 17).

War aber in den Erwerbstatsachen irgend ein Mangel vorhanden, so konnte eine Usukapion nicht Platz greifen, wie hervorgeht aus § 11 J. 2,6. Error autem falsae causae usucapionem non parit. veluti si quis, cum non emerit. emisse se existimans possideat; vel cum ei donatum non fuerat, quasi ex donatione possideat. — Lex 27 D. 41,3 Celsus libro trigensimo quarto errare eos ait, qui existimarent, cuius rei quisque bona fide adeptus sit possessionem, pro suo usucapere eum posse nihil referre, emerit necne, donatum sit necne. si modo emtum vel donatum sibi existimaverit, quia neque pro legato neque pro donato neque pro dote usucapio valeat, si nulla donatio, nulla dos, nullum legatum sit. idem et in litis aestimatione placet, ut, nisi vere quis litis aestimationem subierit, usucapere non possit.

Diese Gesamtheit der Erwerbstatsachen mußte also wirklich vorhanden und gültig sein, und pflegt man dieses Erfordernis gewöhnlich so auszudrücken, daß man sagt, es müsse ein gültiger Titel vorliegen. Den Titel können wir definieren als den äußeren rechtlichen Vorgang, der den Erwerb des Eigentumsbesitzes als gerechtfertigt erscheinen läßt und an sich geeignet ist, das Eigentum zu verschaffen. Ohne das Vorhandensein eines solchen gültigen Titels konnte eine Usukapion — wie bereits hervorgehoben — nicht vor sich gehen. Lex 4 C. 7,29. Usucapio non praecedente vero titulo procedere non potest. Lex 24 C. 3,32. Nullo iusto titulo praecedente possidentes ratio iuris quaerere prohibet dominium. idcirco cum etiam usucapio cesset, intentio dominii non absumitur.

Die ältere Lehre, namentlich Moellenthiel[2] und Savigny,[3] denen sich in neuerer Zeit auch Windscheid[4] angeschlossen hat, vertrat den Standpunkt, daß

---

[1] Schirmer XV, Seite 214; Windscheid, § 176 Seite 810. — [2] § 4 Seite 17—18. — [3] Bd. III, Seite 372. — [4] I, § 178 Seite 817.

die bona fides, um zur Usukapion führen zu können, nicht ein bloß subjektives Glauben sein dürfe, sondern daß dieselbe zu ihrer Rechtfertigung eines juristischen Grundes bedürfe, und dieses sei der Titel. Es werde also die bona fides durch das Vorhandensein des Titels gerechtfertigt. Eine solche Verquickung dieser beiden Requisite bona fides und titulus bekämpfte zuerst Stintzing.[1] Und wohl mit Recht. Titulus und bona fides stehen gänzlich unabhängig von einander da. Der titulus ist keineswegs der Rechtfertigungsgrund der bona fides, denn es kann sehr wohl ein titulus vorhanden sein und doch keine bona fides, ebenso wie umgekehrt guter Glaube auch ohne einen Titel. Wäre der Titel ein Rechtfertigungsgrund der bona fides, so müßten wir demnach stets dort dieselbe annehmen, wo ein rechtsgültiger Titel vorhanden ist, und doch sagt die lex 2 § 1 D. 41,4 Separata est causa possessionis et usucapionis: nam vere dicitur quis emisse, sed mala fide: quemadmodum qui sciens alienam rem emit, pro emtore possidet, licet usu non capiat.

Treffend weist Bruns[2] auf die Unrichtigkeit dieser von uns bekämpften Anschauung mit folgenden Worten hin: „Es ist ein unlogischer Gedanke, daß der Titel den Irrtum über die Mängel des Titels rechtfertigen soll. Wie kann z. B. der Kauf den Irrtum über das fehlende Eigentum oder Verkaufsrecht des Verkäufers rechtfertigen? Man müßte sagen, es sei nicht wahrscheinlich, daß jemand eine Sache verkaufe, die ihm nicht gehört. Allein faktisch kann ja der Nichteigentümer ebensogut verkaufen, wie der Eigentümer, und tut es doch auch oft genug. Somit kann nicht das Verkaufen als solches den Glauben an das Eigentum des Verkäufers rechtfertigen, sondern nur die den Verkauf begleitenden Umstände können es, diese sind aber an sich etwas außer dem Titel als solchem liegendes." Wir müssen daher den Titel und die bona fides scharf von einander trennen, da sie begrifflich unabhängig von einander dastehen.

Allmählich ließ man nun diese strengen Erfordernisse fallen,[3] und es verschaffte sich in der Kaiserzeit eine neue Art der Ersitzung Geltung, die dazu bestimmt war, einem Mangel des Titels abzuhelfen. Jedoch hielt man beim originären Erwerb an den ursprünglichen Forderungen fest,[4] setzt doch noch Justinian für die usucapio pro derelicto wirkliche Dereliktion und Okkupation voraus, wie beweist die lex 6 D. 41,7 Nemo potest pro derelicto usucapere, qui falso existimaverit rem pro derelicto habitam esse, und lex 7 h. t. Si quis merces iactatas ex nave invenisset, num ideo usucapere non possit, quia non viderentur derelictae, quaeritur. sed verius est eum pro derelicto usucapere non posse.

Doch wurde beim derivativen Erwerbe die Ersitzung jetzt zugelassen, selbst wenn der Titel mit irgend einem Mangel behaftet war, vorausgesetzt nur, daß der Erwerber geglaubt hatte, es sei ein gültiger Titel vorhanden gewesen.[5] Diese Ausdehnung steht im engsten Zusammenhange mit den Veränderungen, die im Laufe der Zeit in der Lehre von der Tradition eingetreten waren.[6] Ursprünglich war nämlich zur gültigen Eigentumsübertragung durch Tradition eine iusta causa traditionis erforderlich, d. h. es mußte derselben ein gültiges Rechtsgeschäft zu Grunde liegen. Später wich man von diesem Grundsatze ab und legte das entscheidende Gewicht für den Eigentumserwerb durch Tradition nicht auf die iusta causa, sondern auf die Uebereinstimmung des Willens,

[1] § 14, Seite 57—61. — [2] § 11, Seite 99. — [3] s. Burckhard XXI, Seite 308 ff. — [4] s. Mager, § 8, Seite 27. — [5] s. auch Fitting 52, Seite 417. — [6] s. Fitting 52, Seite 414 ff; Mager S. 27—28; Hesse, Seite 329—330.

der darauf gerichtet war, Eigentum zu übertragen und zu erhalten. So begnügte man sich mit einer nur in der Vorstellung der Parteien vorhandenen causa, falls nur die zu grunde liegenden tatsächlichen Verhältnisse es ersichtlich machten, daß der Wille der Parteien dahin ging, auf Grund solcher causa Eigentum zu übertragen und zu empfangen, mit anderen Worten: die Tradition wurde zu einem abstrakten Akt.[1] Dieses zeigt uns die lex 36 D. 41,1. Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio . . . constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus, und lex 55 D. 44,7. In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium: nam sive ea venditio sive donatio sive conductio sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id quod inchoatur non potest.

Diese so erweiterten Grundsätze wurden nun auch auf die Eigentumsersitzung ausgedehnt,[2] und so wurde auch hier das objektive Moment der iusta causa als Usukapionserfordernis aufgegeben und an seine Stelle das Moment der rein subjektiven und innerlichen bona fides gesetzt. Doch ging diese Entwickelung nur sehr langsam vor sich und wurde diese neue Art der Ersitzung vielfach angegriffen und bekämpft, daß sie aber doch endlich den Sieg davongetragen und später auch die Herrschaft behalten hat, beweisen folgende Quellenstellen: lex 9 D. 41,8. Pro legato usucapit, cui recte legatum relictum est: sed et si non iure legatum relinquatur vel legatum ademptum est, pro legato usucapi post magnas varietates optinuit. — lex 11 D. 41,4. Quod vulgo traditum est eum, qui existimat se quid emisse nec emerit, non posse pro emtore usucapere, hactenus verum esse ait, si nullam iustam causam eius erroris emtor habeat.

Bei dieser neuen Ersitzung war der Mangel, dem durch die continuatio possessionis abgeholfen werden sollte, ganz anderer Art. Der Mangel bestand hier darin, daß ein Titel entweder garnicht vorhanden, sondern nur in der Vorstellung des Usukapienten existierte, oder daß ein Titel zwar vorhanden, dieser aber aus irgend einem Grunde rechtlich ungültig war. Der gute Glaube des Erwerbers muß sich demgemäß hier darauf erstrecken, daß der vorhandene Titel rechtlich gültig, resp. daß überhaupt ein rechtsgültiger Titel vorhanden war.[3] Die Quellen haben dadurch einige Unklarheit geschaffen, daß sie von diesem Glauben an den Titel zuweilen auch als von einem „bona fide emere" sprechen, worauf wir schon im Laufe unserer Abhandlung mehrfach hinzuweisen Gelegenheit hatten (s. Seite 9 und 10).

Wenden wir uns nun zunächst den Fällen zu, in denen ein gültiger Titel nicht vorhanden ist, da ein Rechtsgeschäft deswegen nicht abgeschlossen ist, weil dem Veräußerer die Dispositionsfähigkeit fehlte. Hierfür käme in Betracht die lex 13 § 1 D 41,3. Eum, qui a furioso bona fide emit, usucapere posse responsum est.[4]

Hier hat das „bona fide emere" doch sicher nicht den Sinn, daß der Käufer glaubte, der Verkäufer wäre Eigentümer oder zur Verfügung über die Sache berechtigt, so daß es unserem nesciens rem alienam esse gleichkäme.

[1] hierzu s. Dernburg, § 213 Ziffer 3 Seite 104/5. — [2] s. auch Fitting 52, Seite 417. — [3] s. Hesse, Seite 327/8. — [4] Hesse, Seite 315; Jonas, Seite 24—26; Burckhard, Seite 311; Schirmer XV, Seite 213—214.

Wenn Paulus diesen Sinn mit der Stelle hätte verbinden wollen, so hätte er doch wohl nicht gerade einen furiosus als Verkäufer genannt, da bei dieser Sachlage gar kein Grund vorlag, einen furiosus als Verkäufer zu wählen. Wir können daher annehmen, daß die Sache dem furiosus gehört und in dieser Beziehung also eine bona fides nicht erforderlich ist. Es kann daher das „bona fide emere" hier nur die Bedeutung haben, daß der Erwerber glaubte, der Verkäufer wäre geistig gesund, und es läge somit ein vollkommen gültiger Titel vor, zumal er wußte — wie wir angenommen haben —, daß der Verkäufer Eigentümer war. Diese Annahme des Käufers, es liege ein rechtsgültiger Titel vor, beruht jedoch auf einem Irrtum, denn ein mit einem Wahnsinnigen abgeschlossener Kaufvertrag ist juristisch kein Kaufvertrag, ein Geisteskranker kann eben kein Rechtsgeschäft abschließen, seine Handlungen sind rechtlich völlig irrelevant. Da somit ein Titel überhaupt nicht vorhanden ist, so ist auch kein Eigentum auf den Erwerber übergegangen, und es bedarf daher der Ersitzung. Unter dem „bona fide emere" können wir hier also nur verstehen, daß der Erwerber den Kauf abschloß: nesciens venditorem furere. Daß daneben — falls notwendig — noch die bona fides in dem Sinne: nesciens rem alienam esse, erforderlich ist, ist als selbstverständlich von den Quellen garnicht weiter hervorgehoben. In dieser unserer Erklärung des „bona fide emere" werden wir durch folgende Quellenstellen unterstützt, in denen wir sogar eine Bestätigung für die Richtigkeit derselben sehen können: Lex 2 § 16 D 41,4 Si a furioso, quem putem sanae mentis, emero, constitit usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emtio. — lex 7 § 2 D 6,2. Marcellus scribit eum, qui a furioso ignorans eum furere emit, posse usucapere.

Zu demselben Ergebnis führen auch lex 2 § 15 D 41,4 si a pupillo emero sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putem, dicimus usucapionem sequi; lex 7 § 4 D 6,2 si a minore quis emerit ignorans eum minorem esse, habet Publicianam. — lex 13 § 2 D 6,2 sed et si deceptus falso tutore auctore emerit, bona fide emisse videtur.

Auch in diesen Fällen ist ein gültiger Titel nicht vorhanden. Der Pupille ist selbständig veräußerungsunfähig, daher nicht im stande, Eigentum zu übertragen; ein mit ihm sine tutoris auctoritate abgeschlossener Kauf ist ungültig. Auch hier bedeutet das „bona fide emere" also nicht der Glaube, daß der Veräußerer Eigentümer sei, sondern es besteht darin, daß der Käufer annimmt, der Verkäufer sei volljährig, also zur Veräußerung befugt.

Der Mangel kann ferner darin bestehen, daß überhaupt kein Rechtsgeschäft abgeschlossen ist und deswegen kein Titel vorliegt, sondern daß dieser nur in der Vorstellung des Ersitzenden vorhanden ist. lex 5 § 1 D 41,10 sed id, quod quis, cum suum esse existimaret, possederit, usucapiet, etiamsi falsa fuerit eius existimatio. quod tamen ita interpretandum est, ut probabilis error possidentis usucapioni non obstet. — lex 11 D 41,4 nam si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei se emisse atque ita tradiderit, magis esse, ut usucapio sequatur.

In allen diesen genannten Fällen bezieht sich die bona fides ebenfalls auf den Titel und beruht der gute Glaube darin, den Besitz durch ein rechtsgültiges Geschäft erworben zu haben, das in Wahrheit allerdings garnicht vorgenommen ist, und durch diesen guten Glauben wird der Besitz gerechtfertigt,

sodaß man eine iusta causa possessionis hat.[1]) Infolge dieser iusta causa possessionis wird der Käufer als bonae fidei possessor angesehen und kann daher usukapieren: lex 3 D 41,10. Hominem, quem ex stipulatione te mihi debere falso existimabas, tradidisti mihi: si scissem mihi nihil debere, usu eum non capiam: quod si nescio, verius est, ut usucapiam, quia ipsa traditio ex causa, quam veram esse existimo, sufficit ad efficiendum, ut id quod mihi traditum est pro meo possideam.[2])

Diese bona fides können wir demnach bestimmen als Glauben, daß man durch ein gültiges, mangelfreies Rechtsgeschäft erworben habe. Der ganze Verlauf und das Ergebnis unserer Erörterung wird wohl schon dargetan haben, daß diese neue bona fides keineswegs identisch ist mit derjenigen, die wir vorher bestimmt haben als das Nichtwissen, daß die Sache eine fremde ist, sondern sie unterscheidet sich vielmehr von dieser in folgenden Punkten: Die eigentliche bona fides ist ein negativer Begriff, sie bedeutet das Fehlen der Unredlichkeit gegen den Eigentümer, diese neue verlangt dagegen eine positive Vorstellung, d. h. den Glauben an die Rechtsbeständigkeit des Titels. Damit hängt zusammen, daß unsere eigentliche bona fides in einem rein subjektiven nescire besteht, während diese neue Art der bona fides objektive Momente in sich trägt, da sie nur Berücksichtigung findet im Falle eines iustus error. Die erste Art der bona fides ist gegenüber einem Dritten, dem wahren Eigentümer, zu beobachten, während der die Mangelhaftigkeit des Titels ersetzende gute Glaube das Interesse einer an dem Rechtsgeschäfte beteiligten Person, des Kontrahenten, zu berücksichtigen hat. Die bona fides als Nichtwissen, daß die Sache eine fremde ist, ist begrifflich von dem Titel gänzlich unabhängig, während diese neue bona fides insofern in engster Beziehung zum Titel steht, als sie zur Ergänzung des Titels bestimmt ist, und nur dann von Wichtigkeit wird, wenn ein Titel nicht vorliegt. Diese Gegenüberstellung ergibt zur Genüge, daß diese beiden Begriffe nichts weiter als den Namen gemeinsam haben, daß sie scharf von einander zu trennen sind, da sie ganz verschiedene Elemente enthalten und ihnen ganz verschiedene Voraussetzungen zu Grunde liegen, und daß es daher nicht richtig ist, ihr Wesen durch einen einzigen Begriff zum Ausdrucke bringen zu wollen. Aus diesem Grunde können wir Burckhard's[3]) Ansicht nicht beipflichten, der annimmt, hinsichtlich beider Arten der bona fides müßten gleiche Grundsätze gelten, da sie aus demselben Grundbegriffe hervorgegangen wären und sie die gleiche Grundlage und den gleichen Zweck hätten.

Der Zweck ist ja allerdings insofern der gleiche, als die bona fides bei beiden eine Eigentumsklage ausschließen soll. Jedoch in Beziehung auf die auszuschließende Person liegt bereits ein Unterschied vor. Die eigentliche bona fides richtet sich gegen eine am Erwerbsakte nicht beteiligte Person, deren Eigentumsansprüche sie in Verbindung mit den wesentlichen Erfordernissen der Usukapion ausschließen soll, während der die Mangelhaftigkeit des Titels ersetzende gute Glaube auf den Kontrahenten Bezug hat und dessen Eigentumsklage wirkungslos machen soll. Zu diesem falschen Resultat kommt Burckhard deswegen, weil er seine Ausführungen zu begründen und zu vereinen sucht mit seiner nicht zutreffenden Definition der bona fides als Glauben, daß man volente et concedente domino erworben habe.

[1]) s. Hesse 58, Seite 329. — [2]) Hesse 58, Seite 317—318; Jonas, Seite 25/26. — [3]) XXI, Seite 322, 323.

Um eine Einheit des Begriffes bona fides herzustellen, definiert Vangerow[1] die bona fides als den Glauben an das Eigentum und die Dispositionsfähigkeit des Veräußerers.[2] Auch dieses ist nicht zutreffend, weil bei der bona fides der Ersitzung sich der gute Glaube einzig auf die Verfügungsbefugnis, bei der die Mangelhaftigkeit des Titels ersetzenden bona fides nur auf die Verfügungsfähigkeit erstreckt, und ergibt sich hieraus die Ungenauigkeit der Definition.

Von „bona fide emere" reden die Quellen jedoch nur dann, wenn der Glaube sich auf einen Mangel in der Dispositionsfähigkeit des Veräußerers bezieht, während sie beim Vorhandensein eines Putativtitels nicht den Glauben als solchen bezeichnen, sondern den dem Glauben zugrunde liegenden Irrtum hervorheben und demgemäß von iusta causa erroris, vom tolerabilis et probabilis error und von einer non levis praesumtio sprechen.

Aus diesem Grunde aber die Definition einzuschränken — wie Jonas[3] es verlangt — und sie nur als den Glauben an die Dispositionsfähigkeit des Auktors zu bezeichnen, scheint mir nicht notwendig zu sein, da doch auch beim Vorliegen eines Putativtitels eine bona fides in derselben Art erforderlich ist. Da dieses Erfordernis bereits implicite in den Ausdrücken wie iustus error, probabilis error enthalten ist, so lag für die Quellen kein Grund vor, dieses noch einmal durch ausdrückliche Anführung des Wortes bona fides hervorzuheben. Es läßt sich daher diese neue bona fides bestimmen als der Glaube, daß man durch einen mangelfreien Titel erworben habe, mag dieser Titel nun wegen mangelnder Verfügungsbefugnis nichtig sein, oder mag in Wirklichkeit überhaupt kein Titel vorliegen, sondern derselbe nur in der Vorstellung des Subjektes bestehen, also ein Putativtitel sein.

Zum Schlusse möchten wir noch kurz auf eine Behauptung Fittings[4] eingehen, die dahin lautet, das auch noch im justinianischen Rechte zur Ersitzung in der Regel ein wirklicher Titel erforderlich ist und ein titulus putativus nicht genüge. Zum Beweis für diese Ansicht stützt er sich auf die lex 27 D 41,3[5] und vor allem auf die Darstellung der Justitutionen, wie pr. J. 2,6 und § 11 J. 2,6. Die Stellen, in denen eine Ersitzung auf Grund eines nicht gültigen Titels zugelassen ist, faßt er als Ausnahmen auf. Hierauf können wir mit Windscheid[6] antworten: „Die lex 11 D 41,4 und die lex 5 D 41,10 stellen nicht minder ein Prinzip auf." Jedenfalls wäre die Regel, die Fitting aufstellen will, durch so viele Ausnahmen durchbrochen, daß sie kaum mehr als eine Regel angesehen werden könnte, und sind wir doch auf Grund der lex 9 D 41,8 zu der Annahme berechtigt, daß die herrschende Ansicht die war, daß ein titulus putativus genüge.

§ 7. Wann und wielange muß diese bona fides vorhanden sein?

Durch die vorhergehenden Ausführungen haben wir das Wesen des guten Glaubens darzulegen und an der Hand der Quellen zu begründen versucht, und hierauf nachgewiesen, daß wir in den Quellen noch eine Art der bona fides finden, die wir scharf von unserer eigentlichen bona fides trennen müssen, da sie nichts als den Namen mit ihr gemein hat, und wäre es jetzt wohl erforder-

[1] § 321 Seite 623. — [2] s. auch Jonas, Seite 26. — [3] Seite 26 und 27. — [4] Fitting 52, Seite 418/419. — [5] Seite 418 Note 210. — [6] § 178 Note 6 Seite 816.

lich, uns zunächst mit der Frage zu befassen, wann und wielange diese bona fides vorhanden sein muß, damit die Wirkungen der Ersitzung eintreten können.

Die Regel lautet hier, daß der gute Glaube nur am Anfang des Usukapionsbesitzes, also in dem Augenblicke der Besitzergreifung, vorhanden sein muß, eine Regel, der man gewöhnlich folgende Fassung gibt: mala fides superveniens non nocet.[1] Dieser Ausdruck findet sich zwar nicht wörtlich in den Quellen, sein Sinn ist jedoch durchaus zutreffend, und seine Richtigkeit ergibt sich aus folgenden Stellen: lex 48 § 1 D 41,1. In contrarium quaeritur, si eo tempore, quo mihi res traditur, putem vendentis esse, deinde cognovero alienam esse, quia perseverat per longum tempus capio, an fructus meos faciam. Pomponius verendum, ne non sit bonae fidei possessor, quamvis capiat: lex un. § 3 C 7,31. Hoc tantummodo observando, ut in his omnibus casibus ab initio bona fide eam capiat, secundum quod exigit longi temporis praescriptio. . . . ut in omnibus iusto titulo possessionis antecessoris iusta detentio, quam in re habuit, non interrumpatur ex posteriore forsitan alienae rei scientia. — lex 15 § 2 D 41,3. Si quis bona fide possidens ante usucapionem amissa possessione cognoverit esse rem alienam et iterum nanciscatur possessionem, non capiet usu, quia initium secundae possessionis vitiosum est.

Ausschlaggebend ist lediglich der Augenblick der Besitzergreifung. Wußte der Erwerber vor der Tradition zwar, daß die Sache eine fremde war, ist er jedoch im Augenblicke der Tradition gutgläubig, so ist ihm das frühere Wissen für die Usukapion nicht hinderlich. lex 48 D 41,3 in ceteris causis solutionis tempus inspicitur neque interest, cum stipulor, sciam alienum esse necne: sufficit enim me putare tuum esse, cum solvis. — lex 2 pr. D 41,4 sic denique si sciens stipuler rem alienam, usucapiam, si, cum traditur mihi, existimem illius esse.

Eine Folge dieses Satzes: mala fides superveniens non nocet ist auch die, daß der Erbe, selbst wenn er in mala fide bei dem Antritte der Erbschaft ist, die Usukapion beenden kann, vorausgesetzt, daß der Erblasser sich in condicione usucapiendi befand.[2] lex 2 § 19 D 41,4. Si defunctus bona fide emerit, usucapietur res, quamvis heres scit alienam esse. lex 43 pr. D 41,3. Heres eius, qui bona fide rem emit, usu non capiet sciens alienum, si modo ipsi possessio tradita sit: continuatio vero non impedietur heredis scientia.

Diese Regelung hat ihren Grund in der eigentümlichen Auffassung, die das römische Recht von dem Verhältnis des Erben zum Erblasser hatte. Der Erbe sollte die Persönlichkeit des Erblassers fortsetzen, sie beide wurden als eine einzige Person angesehen.

Aus dieser selben Anschauung heraus erklärt es sich auch, daß der Erbe — mochte er noch so sehr sich in gutem Glauben befinden — nicht ersitzen konnte, wenn der Erblasser bei der Besitzergreifung in mala fide gewesen war: lex 11 D 44,3. Cum heres in ius omne defuncti succedit, ignoratione sua defuncti vitia non excludit, veluti cum sciens alienum illum illo vel precario possedit: quamvis enim precarium heredem ignorantem non teneat nec

---

[1] s. Moellenthiel, §§ 13—14 Seite 54—81; Schirmer XV, Seite 291—312. — [2] s. Vangerow, § 322 Seite 605—610; Fitting 52, Seite 250 ff.; Windscheid, § 181 Seite 823—825; Dernburg I, 2 § 221 Seite 126.

interdicto recte conveniatur, tamen usucapere non poterit, quod defunctus non potuit.[1])

Ja, trotz seiner bona fides bei der Besitzergreifung kann der Erbe also nicht einmal eine Usukapion beginnen. s. lex 11 C 7,32. Vitia possessionum a maioribus contracta perdurant et successorem auctoris sui culpa comitatur; sowie Urteil des obersten L. G. für Bayern vom 4. Dec. 1880: „Eine Ersitzung auf Grund des Titels der Erbschaft greift nur bei solchen Sachen Platz, welche der Erbe für Erbschaftssachen hält, die es aber in Wirklichkeit nicht sind. Dabei ist aber vorausgesetzt, daß die Sachen noch nicht im Besitze des Erblassers waren, denn in diesem Falle kann der Erbe nur die Ersitzung fortsetzen (fr. 19 § 1 de her. pet. 5,3). War der Erblasser nicht in der Lage ersitzen zu können, so kann es auch der Erbe trotz seines guten Glaubens nicht. (fr. 11 de div. temp. praescr. 44,3; § 12 J. de usuc. 2,6)." (s. Seufferts Archiv Bd. XXXVII Nr. 196).

Die Usukapion läuft auch während der Zeit der hereditas iacens weiter und kann sich sogar in dieser Zeit vollenden, sodaß der Erbe Eigentümer wird, ohne jemals die Sache besessen zu haben. lex 40 D 41,3 Coeptam usucapionem a defuncto posse et ante aditam hereditatem impleri constitutum est.

Diese successio in usucapionem des Erben unterscheidet sich wesentlich von der accessio possessionis des Singularsuccessors. Hier kommen naturgemäß ganz andere Grundsätze zur Anwendung. Falls der Auktor sich in conditione usucapiendi befunden hat, so kann der Rechtsnachfolger sich die Ersitzungszeit seines Auktors anrechnen, doch muß der Rechtsnachfolger — abweichend vom Erben — auch bei der Besitzergreifung in bona fide sein, damit die Ersitzung sich vollenden kann. Lex 2 § 17 D 41,4. Si eam rem, quam pro emtore usucapiebas, scienti mihi alienam esse vendideris, non capiam usu.

War der Auktor nicht in gutem Glauben und kommt die Sache durch Rechtsnachfolge an einen gutgläubigen Erwerber, so kann dieser, im Gegensatz zum Universalsuccessor, die Ersitzung beginnen: lex 5 pr. D 44,3. An vitium auctoris vel donatoris eiusve qui mihi rem legavit mihi noceat, si forte auctor meus iustum initium possidendi non habuit, videndum est. et puto neque nocere neque prodesse: nam denique et usucapere possum, quod auctor meus usucapere non potuit.

Dieser Satz: mala fides superveniens non nocet, der ja — wie später gezeigt werden wird — allerdings durch das kanonische Recht beseitigt worden ist, scheint uns auf den ersten Blick unbillig zu sein, und wir suchen vergeblich nach einer diesem Satze zu grunde liegenden verständlichen ratio iuris. Es sind infolgedessen auch die Schriftsteller, die diesen Satz zu erklären versucht haben, zu teilweise ganz verschiedenen und entgegengesetzten Ergebnissen gekommen.

Schirmer,[2]) der den subjektiven Willen des Usukapienten stets als ausschlaggebend betont, — behauptet er doch sogar, „Der Grund aller Ersitzung wäre uns der auf die Unterwerfung der Sache gerichtete Wille der vermögensrechtlichen Persönlichkeit"[3]) — erklärt den Satz dadurch, daß das Wollen des Erwerbers, „das seine sichtbare Darstellung empfängt, indem es zur Herrschaft über das in unserem Gewahrsam befindliche Objekt geworden ist, in dieser Herrschaft

[1]) s. hierzu auch Unterholzner I, § 99 Seite 332/333 u. Note 340. — [2]) XV, Seite 292; s. dagegen Hesse 58, Seite 321—322. — [3]) XV, Seite 240; s. auch Grundidee, Seite 21 u. Seite 90.

selbständig fortlebt," und daß es nur durch eine entgegengesetzte Willensbestimmung wieder aufgehoben werden kann.

Natürlicher ist schon Scheurls Erklärung,[1] der diesen Satz aus dem Begriffe des werdenden Eigentums zu deuten versucht: „Der bona fide gemachte Erwerb ex iusta causa erzeugt einen Keim werdenden Eigentums, der eine ähnliche selbständige Kraft hat, wie das durch die vollendete Usukapion erworbene Eigentum selbst."

Am treffendsten scheint mir Hesses Begründung.[2] Die bona fides ist nur eine Voraussetzung des Beginnes der Usukapion, sie gehört keineswegs zum materiellen Inhalte derselben. Die Grundlage der Usukapion beruht vielmehr auf dem rechtmäßigen, eine bestimmte Zeit hindurch fortgesetzten Besitz. Die Usukapion ist nun endlich kein faktisches Verhältnis, sondern ein Recht, und wenn dieses einmal rechtlich und redlich begründet sei, könne die mala fides superveniens dieses sine dolo begründete Recht nicht mehr vernichten.[3]

In ähnlicher Weise wie Hesse faßt auch Moellenthiel[4] den diesem Satze zugrunde liegenden Sinn auf.

Von dem in der lex 44 § 2 D 41,3 aufgestellten Satze: Etsi possessionis, non contractus initium, quod ad usucapionem pertinet, inspici placet, gibt es jedoch eine wichtige Ausnahme.

Es ist nämlich sowohl bei der Publiciana als bei der Usukapion der Satz ausgesprochen,[5] daß bei der Uebertragung des Besitzes infolge eines Kaufes die bona fides nicht zur Zeit der Tradition, sondern auch bei Abschluß des Kaufes beim Käufer vorhanden gewesen sein müsse, und zwar für die Publiciana in lex 7 § 16 D 6,2 Ut igitur Publiciana competat, haec debent concurrere, ut et bona fide quis emerit et ei res emta eo nomine sit tradita: ceterum ante traditionem, quamvis bonae fidei quis emtor sit, experiri Publiciana non poterit und für die Usukapion in lex 48 D 41,3 in emtione autem et contractus tempus inspicitur et quo solvitur. — lex 2 pr. D 41,4 at in emtione et illud tempus inspicitur, quo contrahitur: igitur et bona fide emisse debet et possessionem bona fide adeptus esse.

Doch war diese Ansicht nicht ganz unbestritten, da nach einigen römischen Juristen nur die Zeit der Uebergabe auch beim Kaufe entscheidend sein sollte, wie sie folgern aus lex 10 pr. D 41,3. Si aliena res bona fide emta sit, quaeritur, ut usucapio currat, utrum emtionis initium ut bonam fidem habeat exigimus, an traditionis. et optinuit Sabini et Cassii sententia traditionis initium spectandum.

Unhaltbar scheint mir die Erklärung Unterholzners[6] zu dieser Stelle, der, um die Einheit der Ansichten zu retten, annimmt, daß auch Sabinus und Cassius auf die Zeit des Kaufes bei der Beurteilung der bona fides sehr wohl gesehen hätten. Seines Erachtens war es nämlich bei den römischen Juristen unbestritten, daß beim Besitzerwerb aus einem Kaufe das iustum initium des Besitzes mit Rücksicht auf die Zeit des Kaufes zu beurteilen sei,[7] und nur darüber herrschte Streit, ob noch außerdem die Zeit der Uebergabe in Betracht käme.

Aus dem Wortlaute dieser Stelle können wir jedoch diesen Sinn, den Unterholzner ihr beilegt, nicht entnehmen.[8] Schon die Gegenüberstellung durch

---

[1] I, Seite 220 und II, Seite 63. — [2] Hesse 58, Seite 327. — [3] so auch Stintzing, Seite 5—7. — [4] § 12 Seite 55. — [5] Stintzing, § 24 Seite 113—117. — [6] I, § 119 Note 413 Seite 412. — [7] ähnlich auch Schirmer XV, Seite 295. — [8] s. auch Dernburg, § 220 Note 33 Seite 124.

utrum-an gibt zu erkennen, daß man nur das eine oder das andere erforderte. Hätten Sabinus und Cassius auf dem Standpunkte gestanden, den Unterholzner ihnen zuweist, so wäre ferner doch wohl im zweiten Satze das „emtionis" wiederholt worden.

Ein innerer Grund für diese Ausnahmebestimmung ließe sich wohl kaum angeben, wenn auch die verschiedensten Versuche gemacht worden sind, einen solchen zu finden.[1]) Alle diese Erklärungen entbehren aber einer überzeugenden Begründung, beruhen vielmehr zum größten Teil auf Vermutungen, sind jedoch allerdings für die Frage von Wichtigkeit, inwiefern diese Vorschriften analog auf ähnliche Rechtsinstitute anzuwenden sind. Ein näheres Eingehen auf diese Frage gehört jedoch nicht zu unserer eigentlichen Aufgabe und würde zudem — wie bereits angedeutet — ziemlich ergebnislos sein.

Kurz berühren möchte ich jedoch wegen ihrer praktischen Wichtigkeit die Frage, ob die Vorschrift auf den Kauf beschränkt bleiben soll, oder ob sie auf dem Kauf verwandte Rechtsinstitute ausgedehnt werden darf.

Brinz[2]) will diese Vorschrift nur für den Kauf unter Ausschluß aller anderen Kontrakte angewendet wissen und beruft sich zur Begründung seiner Ansicht auf lex 2 pr. D 41,4 quia in ceteris contractibus traditionis tempus sufficit.

Auf ungefähr dem gleichen Standpunkte steht Scheurl,[3]) der diese Vorschriften nur auf den Tausch ausdehnt, da dieser völlig nach Analogie des Kaufvertrages behandelt wird, jede weitere Ausdehnung und Anwendung des Satzes jedoch verneint.

Am weitesten geht Windscheid,[4]) der die Bestimmung bei allen Rechtsgeschäften zur Anwendung bringen will, bei denen, wie beim Kaufe, der Wille auf sofortige Ueber- und Aneignung gerichtet ist.

Doch sind diese Annahmen — wie bereits hervorgehoben — nur die Konsequenzen aus ihren Ausführungen, welches der Grund der für den Kauf hinsichtlich des guten Glaubens bestehenden Sondervorschrift sei.

Aus folgenden Gründen möchte ich mich auf den Standpunkt von Brinz stellen: Die lex 48 D 41,3, die lex 2 pr. D 41,4, sowie alle übrigen von uns angeführten Stellen berechtigen zu dem Schlusse, daß hier eine Rechtssingularität vorliegt. Es ist durch diese Vorschriften dem Kaufe eine Ausnahmestellung angewiesen worden, nach deren innerem Grunde wir vergeblich suchen. Nehmen wir aber ein ius singulare an, so verbietet uns die lex 14 D 1,3: Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias (s. auch lex 141 D 50,17) jegliche Ausdehnung und analoge Anwendung.

Das Ergebnis unserer Betrachtungen ist also, daß im römischen Rechte der gute Glaube nur zur Zeit des Besitzerwerbes vorhanden zu sein braucht, und nur beim Kaufe die bona fides sowohl zur Zeit des Abschlusses des Vertrages als auch im Augenblicke der Besitzergreifung erforderlich ist.

Inwieweit das kanonische Recht hinsichtlich der Dauer der bona fides abweichende Vorschriften getroffen hat, die dann für das gemeine Recht von Wichtigkeit geworden sind, wird später gezeigt werden.

[1]) so Moellenthiel, Seite 57/58; Stintzing, Seite 117; Puchta Inst. II, § 239 Seite 209; Harnier, Seite 36—39; Schirmer XV, Seite 294—296; Jonas Seite 21/22; Brinz, Seite 632—633 § 161; Windscheid, § 177 Seite 812. — [2]) I, § 161 Seite 633. — [3]) II, Seite 65. — [4]) § 177 Seite 812/813 u. Note 2.

§ 8. Entscheidung der Frage, in wessen Person die bona fides vorhanden sein muß beim Usukapionsbesitzerwerb durch Stellvertreter.[1])

Grundlage der Usukapion und daher auch das Haupterfordernis derselben ist der Besitz: lex 3 D 41,2 usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti, sowie lex 25 D 41,3 Sine possessione usucapio contingere non potest.

Erfordert wird jedoch juristischer Besitz lex 13 pr. D 41,3 Pignori rem acceptam usu non capimus, quia pro alieno possidemus.

Daher kommen auch bei der Ersitzung die Lehren vom Besitz in ihrem vollen Umfange zur Anwendung. Wer nicht besitzen kann, kann auch nicht ersitzen. Sachen, die nicht besessen werden können, können auch nicht ersessen werden.

Während nun für die übrigen Rechtsgebiete zum juristischen Besitz außer dem corpus possessionis lediglich der animus domini erfordert wird, der sehr wohl vorhanden sein kann trotz des Bewußtseins, daß die Sache eine fremde ist, muß zu dem für die Usukapion erforderlichen juristischen Besitze noch die Ueberzeugung hinzukommen, daß man zur Ausübung des Eigentumsrechtes befugt sei, oder jedenfalls das Bewußtsein fehlen, daß man durch die Besitzergreifung die Interessen des Eigentümers verletze. Wir können somit hier von einer Qualifikation des juristischen Besitzes reden.

Der Besitz konnte bereits nach römischem Rechte durch Stellvertreter erworben werden, obgleich die Römer im allgemeinen das Prinzip der unmittelbaren Stellvertretung nicht kannten. Possessionem adquirimus animo et corpore, animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno (Paul. sent. V,2,1).

Für uns ist die Frage nun von Wichtigkeit, wie es zu halten ist, wenn der Usukapionsbesitz uns durch einen Stellvertreter erworben wird. Bei wem muß in diesem Falle das Erfordernis der bona fides vorhanden sein, bei dem Vertreter, bei dem Vertretenen, oder etwa gar bei beiden?

Hier müssen wir — wie bei der Lehre vom Besitze — unterscheiden, ob der Stellvertreter den Besitz mit Willen des Erwerbers, oder ob er ihn ohne dessen Willen erwirbt.

Im ersteren Falle ist beim Besitzerwerb erforderlich, daß der Erwerber den Willen zu besitzen hat und der Vertreter die Besitzergreifung vornimmt mit dem Willen, den Besitz für den Vertretenen zu erwerben. Nicht nötig ist, daß der Vertretene Kenntnis von der geschehenen Besitzergreifung erhält: lex 13 pr. D 41,1. Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo eique sit tradita meo nomine, dominium mihi, id est proprietas adquiritur etiam ignoranti.

Für den Usukapionsbesitz genügt dieses jedoch nicht: lex 47 D 41,3. Si emtam rem mihi procurator ignorante me meo nomine adprehenderit, quamvis possideam, eam non usucapiam, quia ut ignorantes usuceperimus, in peculiaribus tantum rebus receptum est.

Der Vertretene muß, um usukapieren zu können, nicht nur den Willen haben, durch den Vertreter den Besitz zu erwerben, sondern er muß vielmehr auch noch wissen, daß der Vertreter die Sache für ihn in Besitz genommen

---

[1]) s. hierzu besonders Unterholzner I, Seite 412—419 § 120; Schirmer XV, Seite 279 bis 291; Jonas, § 5 Seite 20—23; Windscheid, § 177 Ziffer 3 Seite 813; Scheurl I, Seite 219—231; Moellenthiel, § 10 Seite 43—50; Heller, Seite 1—30.

hat und erst von diesem Augenblicke an läuft die Usukapion. „Mit der Kenntnis von der Apprehension verwandelt sich der bloße Interdiktenbesitz ohne einen neuen Erwerbsakt in einen Usukapionsbesitz", wie Scheurl[1]) dieses Verhältnis treffend bezeichnet. Maßgebend ist allein der gute Glaube des Vertretenen.[2]) Ist er zu der Zeit, in der er von der Besitzergreifung erfährt, in bona fide, so kann er ersitzen, ohne daß die Gesinnung des Stellvertreters bei der vorausgegangenen Besitzergreifung berücksichtigt würde, das Wissen des Vertreters ist daher gänzlich irrelevant. lex 49 § 2 D 41,2. Etsi possessio per procuratorem ignoranti quaeritur, usucapio vero scienti competit. — lex 1 C 7,32. Per liberam personam ignoranti quoque adquiri possessionem et, postquam scientia intervenerit, usucapionis condicionem inchoari posse tam ratione utilitatis quam iuris pridem receptum est. — lex 2 § 12 D 41,4. Pomponius quoque in his, quae nomine domini possideantur, domini potius quam servi voluntatem spectandam ait.

Es bliebe noch der Fall zu betrachten, indem der Besitz durch einen Vertreter ohne allen eigenen Willen des Besitzers erworben wird.[3]) Hier tritt juristischer Besitz ohne irgendwelche Willenstätigkeit und ohne alles Bewußtsein des Besitzers ein. Das römische Recht kannte hierfür folgende Fälle:

1) Der Pekuliarerwerb der Sklaven und der unter väterlicher Gewalt stehenden Kinder.[4]) Hatte der Hausvater diesen Personen ein Pekulium eingeräumt, so erlangte er Besitz an den Pekuliarsachen, auch wenn er von deren Erwerb im einzelnen nichts wußte. lex 7 § 8 D 41,4 si peculii nomine, quod nos sequi debet, emtio contracta fuerit, etiam ignorantes usucapiemus. — lex 1§ 5D 41,2. Item adquirimus possessionem per servum aut filium qui in potestate est, et quidem earum rerum, quas peculiariter tenent, etiam ignorantes . . . quia nostra voluntate intellegantur possidere, qui eis peculium habere permiserimus, igitur ex causa peculiari et infans et furiosus adquirunt possessionem et usucapiunt. (s. noch lex 31 § 3 D 41,3 sowie lex 47 D eod.).

Dieser Erwerb wird durch eine in der Einräumung des Pekuliums enthaltene allgemeine Ermächtigung erklärt,[5]) so daß er dem Erwerbe durch einen General-Bevollmächtigten gleichkommen würde. Diese Begründung ist jedoch nicht richtig, weil auf diese Weise auch Willensunfähige erwerben können (igitur ex causa peculiari et infans et furiosus adquirunt possessionem et usucapiunt), die eine Vollmacht nicht zu erteilen vermögen. Ferner wäre ja auch — worauf Jonas[6]) hinweist — wenn der Grund in einer Vollmacht läge, zum Usukapionsbesitze die Kenntnis des Herrn von dem Besitzergreifungsakte erforderlich, während eine solche Kenntnis bei dem Besitzerwerb des Gewalthabers durch seine Gewaltuntergebenen nicht als Erfordernis aufgestellt ist, wie beweisen lex 31 § 3 D 41,3. Si servus meus vel filius peculiari vel etiam meo nomine quid tenet, ut ego per eum ignorans possideam vel etiam usucapiam: si is furere coeperit, donec in eadem causa res fuerit, intellegendum est et possessionem apud me remanere et usucapionem procedere, sicuti

[1]) I, Seite 222. — [2]) Windscheid, Seite 813; Moellenthiel, Seite 46; Schirmer XV, Seite 280; Schen, Seite 5; Scheurl I, 223. — [3]) Dernburg, § 180 Seite 26 ff; Windscheid I, § 155 a. E. Seite 688/9; Schirmer XV, Seite 281 ff.; Heller, Seite 11 u. 12. — [4]) Dernburg I,2, Seite 27; Schen, § 4 Seite 6–15. — [5]) Windscheid, § 155 Note 11 Seite 688; Arndts, § 141 Seite 219. — [6]) Seite 12; s. ferner Heller, Seite 22.

per dormientes quoque eos idem nobis contingeret, sowie die bereits im anderen Zusammenhange erwähnte lex 47 D 41,3 (s. Seite 25).

Beim Pekuliarerwerb ist — im Gegensatze zum Erwerbe durch einen Prokurator — für die Ersitzung allein die bona fides des Vertreters, des filius familias resp. des Sklaven, maßgebend. Hat also der Gewaltunterworfene für das Pekulium den Besitz einer Sache in bösem Glauben erworben, so kann der Herr, selbst wenn er nicht weiß, daß die Sache eine fremde ist, nicht usukapieren.[1] Lex 2 § 10 bis § 11 D 41,4. Si servus tuus peculiari nomine emat rem, quam scit alienam, licet tu ignores alienam esse, tamen usu non capies.

Celsus scribit, si servus meus peculiari nomine apiscatur possessionem, id etiam ignorantem me usucapere: quod si non peculiari nomine, non nisi scientem me: et si vitiose coeperit possidere, meam vitiosam esse possessionem.

Ist der Gewalthaber jedoch zur Zeit der Besitzergreifung in mala fide, weiß er also, daß die Sache, die der Gewaltuntergebene erwirbt, eine fremde ist, so kann er nicht ersitzen, mag auch der Gewaltuntergebene bei der Besitzergreifung durchaus gutgläubig sein.[2] lex 2 § 13 D 41,4 sed si eo tempore quo emit, quamquam id bona fide faciat, ego alienam rem esse sciam, usu me non capturum.

Ist die Besitzergreifung aber einmal vor sich gegangen, so kann die später erlangte Kenntnis des Vertretenen, daß die Sache eine fremde sei, der Usukapion nicht hindernd in den Weg treten, vorausgesetzt nur, daß der Gewaltuntergebene sich bei dem Erwerbe im guten Glauben befand, denn mala fides superveniens non nocet. lex 2 § 13 D 41,4 Si servus bona fide emerit peculiari nomine, ego ubi primum cognovi sciam alienam, processuram usucapionem Celsus ait: initium enim possessionis sine vitio fuisse.

2) Ohne ihren Willen erwerben ferner noch Besitz unter Vormundschaft stehende Personen durch ihren Vormund lex 13 § 1 D 41,1. Et tutor pupilli pupillae similiter ut procurator emendo nomine pupilli pupillae proprietatem illis adquirit etiam ignorantibus, sowie juristische Personen durch ihren gesetzlichen Vertreter: lex 2 D 41,2 Sed hoc iure utimur, ut et possidere et usucapere municipes possint idque eis et per servum et per liberam personam adquiratur, s. ferner auch lex 1 § 22 h. t. und lex 7 § 3 D 10,4. Bei diesen unter 2 genannten Personen ist eine Ersitzung nur möglich, wenn der Vormund resp. der Vertreter der juristischen Person bei dem Erwerbe in bona fide war, da sie noch willensunfähig, ihre Meinungen also rechtlich irrelevant sind.[3]

Das Ergebnis unserer Betrachtungen wäre demnach kurz folgendes: Beim Besitzerwerb durch Stellvertreter ist der gute Glaube des Vertretenen, nicht der des Vertreters maßgebend in den Fällen, in denen eine Vertretung nur im corpus stattfindet. Ist jedoch auch eine Vertretung im animus erforderlich, wird also der Besitz ohne den Willen des Vertretenen erworben, so entscheidet der gute Glaube des Vertreters. Es tritt jedoch die Ersitzung nicht ein, wenn der Vertretene zur Zeit der Besitzergreifung durch den Vertreter sich in mala fide befindet.[4] Eine solche mala fides ist naturgemäß ausgeschlossen bei Willens-

[1] s. auch Moellenthiel, Seite 48. — [2] Windscheid I, § 177,3 Seite 813. — [3] s. Schirmer XV, Seite 287 und Scheu, § 5 Seite 16—17. — [4] so auch Heller, Seite 29 u. 30, sowie Scheu, Seite 13 und 17.

unfähigen und juristischen Personen; hier entscheidet also stets nur der Glaube des Vertreters.

§ 9. Die Natur des der bona fides zu Grunde liegenden Irrtums.

Der Glaube des Erwerbers, daß der Veräußerer Eigentümer sei oder die Befugnis zur Veräußerung habe, sowie auch der Glaube, daß ein gültiger Titel vorliege, beruht bei der Usukapion stets auf einem Irrtume, da ja andernfalls die Rechtswirkungen sofort eintreten würden. Es fragt sich nun, welches die Natur dieses Irrtums ist, und ob dieser der bona fides zu Grunde liegende Irrtum als solcher schon imstande ist, die Usukapion herbei zu führen, oder ob derselbe noch besondere Bedingungen erfüllen muß, um Berücksichtigung zu finden.[1])

Savigny stellt in seiner Lehre vom Irrtum — in der er auch die Usukapion behandelt — die Unterscheidung von echtem und unechtem Irrtum auf. Derjenige Irrtum, der unmittelbar eine Rechtswirkung hat, ist nach ihm der echte Irrtum; den Irrtum, der nur scheinbar eine unmittelbare Rechtswirkung herbeiführt, und der einen Zwiespalt zwischen Willen und Erklärung veranlaßt,[2]) nennt er einen unechten Irrtum. Innerhalb des echten Irrtums unterscheidet er wiederum in folgender Weise:[3]) „Nicht selten wird durch die Einwirkung des Irrtums die Rechtsregel selbst bestimmt, so daß das Dasein eines richtigen Bewußtseins unter die Bedingungen der Rechtsänderung unmittelbar aufgenommen wird, und also der Fall des Irrtums von der Anwendung der Regel ausdrücklich ausgeschlossen ist. In anderen Fällen dagegen kommt das richtige Bewußtsein als Bedingung der Rechtsänderung nicht vor, es ist also nicht schon unmittelbar Bestandteil der Rechtsregel selbst; allein es ist anderwärts anerkannt, daß der Irrtum die gewöhnliche Anwendung der Regel modifizieren, daß er eine Ausnahme herbeiführen, oder als Grund einer Entschuldigung dienen soll."

Ein unechter Irrtum liegt dann vor, „wenn der Fall, worin der Irrtum vorkam, auch schon an sich selbst so gestaltet ist, daß es an den notwendigen Bedingungen einer juristischen Tatsache fehlt."[4])

Bei der Usukapion hat der Irrtum nach Savigny[5]) nun die Bedeutung, daß er die anfängliche Ungültigkeit eines Rechtsgeschäftes hinterher beseitigt, und daß somit das anfangs unvollständige Rechtsgeschäft durch die Vermittelung des Irrtumes ergänzt wird. „Wenn eine Handlung — so sagt er —,[6]) wodurch Eigentum erworben werden soll, dazu auf irgend eine Weise untauglich ist, und der Erwerber diese Untauglichkeit nicht kennt, so soll das anfangs fehlende Eigentum durch den Ablauf der Usukapionszeit ergänzt werden, vorausgesetzt, daß der Irrtum die gehörige Beschaffenheit hat." Aufgabe des Irrtums ist es also nach Savigny die Ergänzung des unvollständigen Rechtsaktes zu vermitteln. Der Irrtum dient als Grund der Entschuldigung, er bringt eine Modifikation der gewöhnlichen Anwendung der Regel mit sich und führt eine Ausnahme von dieser Regel herbei, die bestimmt, daß der Erwerb durch Tradition von einem Nichteigentümer kein Eigentum verschafft. Es soll nun zu

---

[1]) Brunn, § 1 Seite 71—74; Hesse 58, § 6 Seite 322—323; Wächter, § 3 Seite 14—18; Jonas, § 2 Seite 3—6; Benz, Seite 34—38; Mager, Seite 74 ff.; Vangerow, § 83 Seite 116—127. — [2]) s. Dernburg I, § 101 Seite 233. — [3]) s. Savigny System Bd. III, Seite 329—330. — [4]) s. Savigny System Bd. III, Seite 440. — [5]) System Bd. III, Seite 368—370. — [6]) Seite 369.

Gunsten desjenigen eine Ausnahme gemacht werden, der infolge eines Irrtums den Nichteigentümer für den Eigentümer hielt.

Es ist somit nach Savigny dieser Irrtum der zweiten Gruppe seines echten Irrtums einzureihen.[1] Diese Erklärung Savignys ist jedoch nicht richtig und deswegen nicht zu billigen, weil sie sich darauf gründet, daß der Irrtum eine Ausnahme herbeiführt von den Grundsätzen, die für den Eigentumserwerb durch Tradition aufgestellt sind. Hierin liegt eben der Fehler der Ansicht Savignys[2] Die Usukapion bildet keineswegs eine Ausnahme vom Eigentumserwerb durch Tradition. Usukapion und Tradition sind vielmehr zwei Rechtsinstitute, die völlig gleichwertig nebeneinander bestehen, und die beide nach verschiedenen Rechtsregeln geordnet sind.[3] Zu den Bestandteilen der Usukapion gehören nun Besitz und Zeitablauf, denn ohne sie ist eine Ersitzung begrifflich undenkbar; diese beiden Requisite sind die wesentlichen Momente des Begriffes, bestimmen doch auch schon die Quellen in Übereinstimmung mit unserer Ansicht die usucapio als die adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti. Der gute Glaube gehört nicht zu ihnen; er bildet nur eine Voraussetzung für den Eintritt der Usukapion, und können wir seine Wirkung nur negativ bestimmen insofern, als sein Fehlen ausnahmsweise die Usukapion nicht eintreten läßt. Demnach würde die Regel für die Usukapion dahin lauten, daß derjenige, der von einem Nichteigentümer den Besitz einer Sache erlangt und die gesetzlich vorgeschriebene Zeit fortgesetzt hat, nach Ablauf der Usukapionszeit Eigentümer der besessenen Sache wird, und daß diese Wirkung dann ausnahmsweise ausgeschlossen ist, wenn der Erwerber beim Erwerbe in mala fide war.[4]

Daher ist die Auffassung Savignys, der Irrtum wirke bei der Usukapion als „Ausnahmemotiv" mit der Grundidee der Usukapion nicht vereinbar.[5] Das Ergebnis, zu dem uns unsere Betrachtungen führen, ist vielmehr dies, daß der Irrtum, auf dem die bona fides beruht, keine Ausnahme von den Rechtssätzen, die für den Eigentumserwerb durch Tradition aufgestellt sind, bewirkt, sondern die mala fides läßt eine Ausnahme von den Grundsätzen des Eigentumserwerbes durch Usukapion eintreten.[6]

§ 10. Der Einfluß des Rechtsirrtums.

Der Irrtum kann entweder Tatsachen oder das Recht zum Gegenstande haben.[7] Demgemäß unterscheidet man hinsichtlich des Gegenstandes des Irrtumes zwei Arten. Den Irrtum, dessen Gegenstand eine Rechtsnorm, also das objektive Recht, ist, nennt man Rechtsirrtum error iuris, während man den Irrtum, der sich auf juristische Tatsachen bezieht, als faktischen Irrtum, error facti, bezeichnet.

Die herrschende Ansicht ist nun die, daß der Rechtsirrtum — abgesehen von einigen Ausnahmen — stets schade, daß aber ein faktischer Irrtum dann Berücksichtigung finde, wenn er entschuldbar sei, und daß diese allgemeinen Grundsätze auch auf die Usukapion zur Anwendung zu bringen seien.[8]

Wenden wir uns jetzt der Betrachtung zu, ob diese Annahme berechtigt ist.

Wir waren bei der Begriffsbestimmung der bona fides zu dem Ergebnis gekommen, daß das Wesen derselben darin besteht, daß man nicht die Interessen

[1] s. auch Jonas, Seite 3. — [2] s. Hesse, Seite 322; Jonas, Seite 5. — [3] dazu s. Hesse, Seite 329. — [4] s. Hesse, Seite 322. — [5] Hesse, Seite 323. — [6] Hesse, Seite 323; Jonas, Seite 5. — [7] s. Savigny System Bd. III, Seite 327 ff. — [8] Deruburg I, § 87 Seite 202.

des Eigentümers dadurch verletzt, daß man wissentlich von einem Nichteigentümer erwirbt (§ 5 Seite 14). Aus dieser Begriffsbestimmung folgt, daß jeder Irrtum eine bona fides hervorzurufen imstande ist, da ja jeder Irrtum den dolus ausschließt. Ja, selbst ein Rechtsirrtum, der der bona fides zu Grunde liegt, würde dem Eintritte der Usukapion nicht hinderlich sein.

Zwar ist diese Ansicht auf das heftigste bekämpft worden, und berufen die Gegner sich zur Widerlegung dieser Ansicht gewöhnlich auf eine Reihe Quellenstellen, die allerdings auf den ersten Blick ihnen Recht zu geben scheinen, doch bei näherer Betrachtung sich als nicht ausreichend erweisen, um unsere Ansicht als falsch hinzustellen. Die Stellen sind folgende: lex 31 pr. D 41,3. Numquam in usucapionibus iuris error possessori prodest. — lex 2 § 15 D 41,4. non capies usu, quia iuris error nulli prodest. — lex 4 D 22,6. Juris ignorantiam in usucapione negatur prodesse, facti vero ignorantiam prodesse constat. lex 32 § 1 D 41,3. Si quis id, quod possidet, non putat sibi per leges licere usucapere, dicendum est, etsiamsi erret, non procedere tamen eius usucapionem, vel quia non bona fide videatur possidere, vel quia in iure erranti non procedat usucapio.

Betrachten wir nun zunächst die lex 31 D 41,3 und die lex 2 § 15 D 41,4.[1]) Beide können wir erst richtig verstehen, wenn wir den Tatbestand, dem sie entnommen sind, angegeben haben. Die erste Stelle lautet vollständig: Numquam in usucapionibus iuris error possessori prodest: et ideo Proculus ait, si per errorem initio venditionis tutor pupillo auctor factus sit vel post longum tempus venditionis peractum, usucapi non posse, quia iuris error est, die zweite: quod si scias pupillum esse, putes administrare, non capies usu, quia iuris error nulli prodest. Aus diesem Zusammenhange, in dem wir die Stellen finden, geht klar hervor, daß hier von der bona fides im eigentlichen Sinne nicht die Rede ist, sondern daß diese Stellen sich auf die bona fides beziehen, die wir als Glauben an die Dispositionsfähigkeit des Auktors oder an das Vorhandensein eines Titels festgestellt haben. Besonders deutlich zeigt uns dies der Satz: putes tamen pupillis licere res suas sine tutoris auctoritate administrare.

Durch Anführung dieser Stellen ist also noch nicht der Beweis erbracht, daß der Rechtsirrtum die bona fides ausschließt, sondern nur, daß der auf den Titel sich beziehende gute Glaube nicht die Kraft hat, auf einen Rechtsirrtum hin die Ersitzung herbeizuführen.

Mehr scheint schon die lex 4 D 22,6 für die Ansicht der Gegner zu sprechen. Hesse[2]) ist der Meinung, sie sei, da sie inhaltlich vollkommen mit den beiden voraufgegangenen Quellenstellen übereinstimme, auch wie diese beiden nur auf den Irrtum zu beziehen, welcher bei der Usukapion als solcher wirksam sein könne, also auf den Irrtum hinsichtlich des Titels; eine Behauptung, die ich für durchaus zutreffend halte.

Hiermit stimmt überein die Auffassung von Jonas,[3]) der diese Regel solange auf den Irrtum hinsichtlich des Titels angewendet wissen will, bis eine andere Anwendung in den Quellen nachgewiesen wird. Denn in der Tat, die Quellen reden niemals sonst von einer Schädlichkeit des Rechtsirrtumes, der sich auf die eigentliche bona fides bezieht, dagegen stets von der vernichtenden Kraft des Rechtsirrtumes, der auf den dem Titel zu Grunde liegenden guten Glauben

[1]) Hesse 58, Seite 333 ff.; Wächter, Seite 18—21 und § 21 Seite 95—97. — [2]) 58, Seite 335. — [3]) Seite 32.

Bezug hat; warum sollten wir nun gerade in diesem einen Falle, der ohne Zusammenhang in den Titel, der nur einige Fälle des Irrtumes bespricht, aufgenommen ist, eine neue Regel aufstellen, da sich doch diese Stelle auf den guten Glauben hinsichtlich des Titels weit besser zurückführen läßt, und sie also hierdurch dann hinreichend erklärt wäre.

Am schwierigsten ist die lex 32 § 1 D 41,3 zu erklären, wie auch die vielen Versuche beweisen, von denen wir einige kurz anführen wollen.

Die für die Entscheidung zuerst angeführte Begründung hält Stintzing[1]) für die Folge einer singulären Auffassung des Pomponius vom furtum, da nach Pomponius jemand durch bloße subjektive Unredlichkeit zum fur wird, während der Schlußsatz: vel quia in iure erranti non procedat usucapio „nur eine Redensart ist, mit der er sich einer üblichen, aber anders zu verstehenden Sentenz akkomodiert."

Scheurl[2]) und auch Burckhard[3]) wollen auf die Entscheidungsgründe des Pomponius kein weiteres Gewicht legen, jedenfalls keine weiteren Konsequenzen daraus ziehen, da ja die schwankende Art, in der er seine Entscheidungsgründe vorbringt, ein gewisses Mißtrauen gegen ihre Haltbarkeit rechtfertigt.

Auch Schirmer[4]) ist der Meinung, daß diese lex, „wenn es sich darin um nichts mehr als einfache Unredlichkeit handelt, gegen ein sonst in dieser Doktrin herrschendes Prinzip verstößt, daß nämlich dem Besitzer der bloße Irrtum nicht als mala fides anzusehen ist."

Windscheid[5]) hebt ebenfalls hervor, daß diese Stelle eine dem Pomponius eigentümliche Ansicht vorträgt, die das Subjektive in einer Weise hervorhebt, welche keine Billigung gefunden hat.

Wie in den vorher besprochenen Stellen, so bezieht Hesse[6]) auch diesen Irrtum wieder auf die bona fides hinsichtlich des Titels. Denn Pomponius kann — so argumentiert er — das non putat per leges licere usucapere nicht auf die Usukapionsverbote bezogen haben, da er an anderen Stellen[7]) selbst sagt: **bona fides** possidenti nihil prodest, ubi lex inhibet usucapionem, und er also dadurch die Ansicht ausgesprochen hat, daß der gute Glaube durch die Usukapionsverbote nicht berührt werde.

Das Ergebnis betreffs der Anwendung dieser Stelle wäre also, daß ihr eine Bedeutung nicht beigelegt werden kann; der erste Grund widerspricht dem sonst allgemein geltenden Grundsatze: plus est in re, quam in existimatione mentis.[8]) Die zweite Begründung können wir höchstens — worauf Hesse hingewiesen hat — auf den guten Glauben hinsichtlich des Titels beziehen. Ueberdies steht Pomponius mit seiner Anschauung allein da, und es sind sich auch deswegen alle Schriftsteller darin einig, daß man dieser Stelle ein entscheidendes Gewicht nicht beilegen dürfe.[9])

Was endlich die lex 7 und lex 8 D. 22,6 angeht, lex 7 Juris ignorantia non prodest adquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet, lex 8 Error facti ne maribus quidem in damnis vel compendiis obest, iuris autem error nec feminis in compendiis prodest: ceterum omnibus iuris error in damnis amittendae rei suae non nocet,[10]) so sind dieselben in dieser unbedingten Allgemeinheit sicherlich nicht als Rechtsregel anzuerkennen.

---

[1]) Seite 86. — [2]) II, Seite 61. — [3]) XXI, Seite 315. — [4]) XV, Seite 243. — [5]) § 177 Note 9 Seite 814. — [6]) Hesse 58, Seite 335—336. — [7]) lex 24 D 41,3. — [8]) so auch Bruns, Seite 21. — [9]) s. auch Bruns 57, Seite 291 u. 292; s. Wächter. Seite 98/99. — [10]) s. Wächter, § 5 Seite 22—23; Wächter, § 23 Seite 104—108.

Sie sind aus ihrem natürlichen Zusammenhange herausgerissen und ohne nähere Angabe des konkreten Tatbestandes, der ihnen ursprünglich zu grunde gelegen hat, in diesen Titel gestellt und dadurch zu einem allgemeinen Prinzip erhoben, das in diesem Umfange nicht richtig ist. Auf welche Rechtsverhältnisse sie sich aber bezogen haben und sich jetzt beziehen sollen, läßt sich wegen gänzlichen Fehlens irgendwelcher Angaben nicht sagen, und wir kommen daher hinsichtlich ihrer Anwendung zu einem: non liquet. Auch Bruns[1]) ist der Ansicht, daß diese Sätze als allgemeines Prinzip für die Behandlung des Irrtumes nicht verwendet werden dürfen.

Savigny[2]) hält diesen Satz ebenfalls für völlig unbrauchbar: „Es ist daher am geratensten, ein Prinzip ganz aufzugeben, welches doch nur durch die willkürlichsten Deutungen und Einschränkungen sein Scheindasein fristen kann, also eine ganz unnütze Verwickelung in eine Lehre bringt, die in der Anwendung auf einzelne Rechtsinstitute meist klar und gewiß erscheint. . . Wir behandeln die oben mitgeteilten Stellen als einen nicht gelungenen Versuch zur Aufstellung eines allgemeinen Prinzipes. Hätten wir jene Stellen in ihren ursprünglichen Zusammenhange vor uns, so würde ohne Zweifel aus ihrer Umgebung klar werden, in welcher beschränkten Beziehung Papinian jene Sätze aufstellen wollte. Nur so abgerissen, wie wir sie jetzt lesen, erhalten sie eine absolute Bedeutung, in welcher wir sie nicht als wahr annehmen können." Aus diesen Erörterungen geht hervor, daß die angeführten Stellen keineswegs die Ansicht aussprechen, ein Rechtsirrtum beseitige die bona fides, vielmehr haben dieselben nur Bezug auf den guten Glauben, der die Mangelhaftigkeit des Titels ersetzen soll.[3]) Dagegen sprechen einige Stellen ausdrücklich aus, daß derjenige, der bei Aneignung einer Sache nicht wissentlich das Eigentumsrecht eines Dritten verletzt, in bona fide sei ohne Rücksicht auf die Entschuldbarkeit des Irrtumes, und daß sogar derjenige, der eine fremde Sache auf Grund eines Rechtsirrtumes in Besitz nimmt, nesciens rem alienam esse, sich in gutem Glauben befindet. Von Bedeutung ist die lex 25 § 6 D. 5,3. Scire ad se non pertinere utrum is tantummodo videtur, qui factum scit, an et is qui in iure erravit? putavit enim recte factum testamentum, cum inutile erat: vel cum eum alius praecederet adgnatus, sibi potius deferri. et non puto hunc esse praedonem qui dolo caret, quamvis in iure erret.

Das S. C. Iuventianum macht bei seinen Bestimmungen über die Haftung des unberechtigten Erbschaftbesitzers einen Unterschied zwischen denjenigen, qui bona invasissent cum scirent, ad se non pertinere und denjenigen, qui iustas causas habent, quare existiment bona ad se pertinere.[4])

Nachdem zuvor nun auseinandergesetzt ist, daß derjenige, der wissentlich eine fremde Erbschaft in rechtswidriger Absicht in Besitz genommen hat, im Erbschaftsstreite besonders schlecht beurteilt werden solle, entscheidet Ulpian in dieser für uns in Betracht kommenden Stelle die Frage, ob zu denjenigen, qui bona invasissent, quae scirent ad se non pertinere auch der gehört, der in einem Rechtsirrtume befangen glaubte, die Erbschaft gehöre ihm, und sie deswegen in Besitz nahm, dahin, daß dieser trotz des Rechtsirrtumes kein praedo sei, da bei ihm kein dolus vorliege.

Können wir nun für praedo malae fidei possessor einsetzen, so besagt die Stelle, daß derjenige, der auf Grund eines Rechtsirrtums glaubte, Erbe

[1]) Seite 23. — [2]) System Bd. III, Seite 346—347. — [3]) so auch Adler, Seite 184. — [4]) s. lex 20 § 6c D 5,3.

geworden zu sein, und Erbschaftssachen in Besitz nimmt, kein malae fidei possessor ist. Da wir nun bereits früher (s. S. 7) festgestellt haben, daß malae fidei possessor stets im Gegensatze zu bonae fidei possessor gebraucht wird, so folgt daraus weiter, daß dieser Erbschaftsbesitzer dann trotz Rechtsirrtumes bonae fidei possessor ist.

Eine solche Gleichstellung des praedo und des malae fidei possessor bekämpft Bruns[1] jedoch. Er ist der Ansicht, daß zwischen den scientes und den iustam causam habere existimantes noch eine Mittelstufe bestehe, nämlich diejenigen, qui sine iusta causa existimant.[2] „Der logische Gegensatz von dem gerechtfertigten Glauben sei nicht das Wissen, sondern zunächst der ungerechtfertigte Glaube."

Diese Anschauung Bruns beruht jedoch auf einer falschen Auffassung des Begriffs iusta causa. Es liegt eine iusta causa schon dann vor, wenn — wie Hesse[3] treffend hervorhebt — die Besitzergreifung nach der Rechtsordnung gerechtfertigt war, sollte diese causa auch in Wahrheit falsch oder ungültig sein. Daher ist also die von Bruns geforderte Mittelstufe nicht anzuerkennen, zumal sich auch in den Quellen nirgends ein Hinweis auf dieselbe findet, sie sich daher quellenmäßig nicht begründen läßt.[4]

Praedo ist weiter nach Bruns[5] keineswegs jeder malae fidei possessor, sondern nur derjenige, welcher sich gewaltsam den Besitz der Sache verschafft habe, wie der fur et raptor. Der Begriff des malae fidei possessor sei vielmehr umfassender als der Begriff des praedo.

Darauf wäre zu erwidern, daß dieser Einwand deswegen seiner Berechtigung entbehrt, weil die Quellen besonders in diesem Zusammenhange den praedo stets dem bonae fidei possessor gegenüberstellen,[6] und aus dieser Gegenüberstellung sich schließen läßt, daß praedo gleichbedeutend mit malae fidei possessor ist, ohne die Einschränkung, die Bruns erfordert, da — wie bereits mehrfach hervorgehoben — der Gegensatz von malae fidei possessor der bonae fidei possessor ist, und wir hier also nur eine Substitution der Begriffe vorgenommen haben. lex 25 § 17 D 5,3 sive bonae fidei possessor sive praedo fuit. — lex 38 h. t. ut bonae fidei possessores has quoque imputent, praedo autem de se queri debeat und ebendaselbst: ut bonae fidei possessor omnimodo impensas deducat, praedo autem non aliter, quam si res melior sit.

Bruns Ansicht wird ferner widerlegt durch die lex 25 § 5 D 5,3. De eo autem loquitur senatus, qui ab initio mente praedonis res hereditarias adprehendit. quod si ab initio quidem iustam causam habuit adipiscendae possessionis, postea vero conscius ad se nihil hereditatem pertinere praedonio more versari coepit, nihil senatus loqui videtur.

Hier wird derjenige, der eine Sache im guten Glauben in Besitz genommen hat, aber später erfährt, daß diese Besitzergreifung zu Unrecht geschehen sei, als praedo bezeichnet. Er wird praedo in dem Augenblicke, wo er von der Unrechtmäßigkeit der Besitzergreifung erfährt; daß hier dann von einer Gewalt nicht mehr die Rede sein kann, ist selbstverständlich. Auch der Einwurf, daß dieser Ausdruck unter Zurückbeziehung auf den Besitzergreifungsakt gewählt sein könnte, ist als unwahrscheinlich zu verwerfen, da derjenige, der eine Sache

[1] Seite 115—119. — [2] Seite 115. — [3] Seite 332 Note 78. — [4] s. auch Wächter, § 19 Seite 88—95; Jonas, Seite 30. — [5] Seite 117. — [6] s. Wächter, Seite 90; Hesse, Seite 332/333.

mit Gewalt in Besitz genommen hat, wohl in den wenigsten Fällen sich dann bei der Besitzergreifung in bona fide befindet, wie es hier doch vorausgesetzt wird. Meiner Ansicht nach sollte hier praedo im Gegensatz zu bonae fidei possessor gestellt werden, und wäre der Begriff also gleichbedeutend mit malae fidei possessor.

Es handelt sich hier ferner nach Bruns[1]) garnicht um den Unterschied von malae fidei possessor und bonae fidei possessor, sondern um den allgemeinen Unterschied des Besitzers pro possessore und des possessor pro herede, also des praedo und dessen, qui putat se heredem. Zum Beweis der Richtigkeit seiner Folgerung hat er vorher die lex 11 — lex 13 D 5,3 angeführt, die wir in ihrem Wortlaute wiedergeben wollen, da sie für uns von Wichtigkeit sind: Pro hedere possidet, qui putat se heredem esse. sed an et is, qui scit se heredem non esse, pro herede possideat, quaeritur: et Arrianus libro secundo de interdictis putat teneri, quo iure nos uti Proculus scribit. sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere. Pro possessore vero possidet praedo. lex 12 qui interrogatus cur possideat, responsurus sit, quia possideo nec contendet se heredem vel per mendacium, lex 13 nec ullam causam possessionis possit dicere: et ideo fur et raptor petitione hereditatis tenentur.

Wir werden jedoch im folgenden den Nachweis zu erbringen suchen, daß die von Bruns angeführten Stellen — wenn praedo mit possessor pro possessore identisch ist — unserer Gleichstellung von praedo und malae fidei possessor nicht im Wege stehen.

Die Annahme, daß pro herede possessor nicht nur derjenige sei, der sich als heres oder bonorum possessor zum Besitze des Nachlasses für berechtigt hält, sondern auch derjenige, der weiß, daß er nicht Erbe ist, jedoch dieses wider besseres Wissen behauptet, ist nicht richtig.[2]) Dann würde ja — wie Fitting betont — der offenbare Lügner besser gestellt sein als derjenige, der sein Unrecht zugibt. Die Unrichtigkeit dieser Annahme ergibt der § 3 J. 4,15. pro herede autem possidere videtur, qui putat se heredem esse.

Die lex 11 versteht demnach auch unter pro herede possessor nicht den, der weiß, daß er nicht Erbe ist, dieses aber wider besseres Wissen behauptet, sondern nur den, der zwar weiß, daß er nicht Erbe ist, sich aber für einen bonorum possessor hält. Zu dieser Annahme berechtigt uns der Satz: sed enim et bonorum possessor pro herede possidere videtur, indem wir auf Grund desselben hinter qui scit se heredem non esse die Worte: sed qui putat se bonorum possessorem esse einfügen können, und die Zulässigkeit dieser Hinzufügung durch § 3 J. 4,15 bestätigt wird.

Uebersetzen wir ferner in der lex 12 das „vel" nicht mit „sogar", wie es die herrschende Lehre tut, sondern seiner Grundbedeutung entsprechend, mit „oder", so ergibt diese lex 12 folgenden Wortlaut: Pro possessore besitzt, wer nicht behauptet, Erbe zu sein, oder wer, wenn er es behauptet, lügt, d. h. es wider besseres Wissen behauptet.

Suchen wir unter Zugrundelegung dieser so gewonnenen Ergebnisse den Sinn der von Bruns angeführten Stelle zu erforschen, so besagt sie: Pro herede besitzt, wer sich gutgläubig für einen heres oder bonorum possessor hält, pro possessore dagegen, wer weiß, daß er nicht Erbe ist, mit anderen

[1]) Seite 117. — [2]) s. hierzu Fitting 52, Seite 242—243 Note 150; sowie Mager, § 22 Seite 91—92.

Worten: pro herede besitzt der bonae fidei possessor, pro possessore dagegen der malae fidei possessor.

Das Resultat aller dieser unserer Betrachtungen ist demnach, daß wir zu einer Einsetzung des Wortes malae fidei possessor anstatt des Begriffes praedo berechtigt sind, und da wir andererseits an die Stelle des non malae fidei possessor den Begriff bonae fidei possessor setzen können, so ist also derjenige, welcher auf Grund eines Rechtsirrtumes Erbschaftssachen in Besitz nimmt, trotz des Rechtsirrtumes in bona fide, die bona fides wird somit durch den Rechtsirrtum nicht vernichtet.[1])

Zu ganz demselben Ergebnis führt uns der § 4 und der § 5 J. 2,6.[2]) § 4. nam si heres rem defuncto commodatam aut locatam vel apud eum depositam existimans hereditariam esse bona fide accipienti vendiderit aut donaverit aut dotis nomine dederit, quin is qui acceperit usucapere possit, dubium non est, quippe ea res in furti vitium non ceciderit, cum utique heres, qui bona fide tamquam suam alienaverit, furtum non committit. § 5. Item si is, ad quem ancillae usus fructus pertinet, partum suum esse credens vendiderit aut donaverit, furtum non committit: furtum enim sine affectu furandi non comittitur.

Wenn Bruns[3]) erklärt, die Stelle sage nicht, daß der Verkäufer, der im Rechtsirrtum verkauft, in bona fide sei, sondern nur negativ, daß er kein furtum begehe, und wenn er weiter nur die Entscheidung vom strafrechtlichen Standpunkte aus gelten lassen will, so ist dies nicht richtig und wäre in folgender Weise zu widerlegen: § 4 sagt, der Erbe der gutgläubig eine nicht zum Nachlasse gehörige Sache veräußert, begeht kein furtum. Gleichfalls — so fährt § 5 dann fort — begeht kein furtum der Nießbraucher einer Sklavin, der das Kind derselben, von dem er infolge eines Rechtsirrtumes annimmt, es sei sein Eigentum, verkaufte, sondern — so müssen wir aus dem § 4 ergänzen — er veräußerte bona fide. Zu einer solchen Ergänzung führt uns notwendig der enge Zusammenhang, der zwischen beiden Paragraphen besteht, und der durch das „item" vermittelt wird. Bruns gibt zwar auch diesen Zusammenhang zu, leugnet aber im übrigen die Konsequenzen, die wir aus ihm gezogen haben.

Also liefert uns auch diese Stelle einen Beweis für die von uns vertretene Ansicht, daß selbst derjenige, der auf Grund eines Rechtsirrtumes gutgläubig Sachen in Besitz hat, als bonae fidei possessor angesehen wird, und können wir hieraus entnehmen, daß in derselben Weise für die bonae fidei possessio, die zur Usukapion notwendig ist, ein Rechtsirrtum nicht schädlich ist, die Usukapion vielmehr trotz Vorhandenseins eines solchen Rechtsirrtumes vor sich gehen kann, wenn nur die wesentlichen Erfordernisse der Usukapion im übrigen vorhanden sind.[4])

§ 11. Der Einfluß des tatsächlichen Irrtumes.

Daß die bona fides auch durch einen unentschuldbaren tatsächlichen Irrtum nicht ausgeschlossen wird, ergibt sich wiederum aus unserer Bestimmung der bona fides als Unkenntnis, daß die Sache eine fremde sei und durch die Aneignung die Interessen des Eigentümers verletzt werden. Wenn die bona

[1]) s. Adler, Seite 195—196. — [2]) s. Wächter, § 18 Seite 78—82. — [3]) Seite 112—114; Seite 18—19. — [4]) s. auch Savigny III, Seite 371 und Note b.

fides lediglich in einem Nichtwissen besteht, so kann es auf eine Entschuldbarkeit oder Nichtentschuldbarkeit dieses Nichtwissens nicht ankommen. Die bona fides erfordert nur Abwesenheit des dolus gegen den Eigentümer. Man hat nun die Behauptung aufgestellt, die bona fides würde dann ausgeschlossen, wenn ein durch culpa lata hervorgerufener tatsächlicher Irrtum vorliege und sich hierfür auf die Gleichstellung von culpa lata und dolus berufen,[1] wie sie ausspricht z. B. lex 226 D. 50,16. magna culpa dolus est, lex 32 D. 16,2 latiorem culpam dolum esse. Die Vertreter dieser Ansicht berücksichtigen jedoch nicht, daß diese Regel: magna culpa dolus est, nicht für alle Rechtsverhältnisse gilt,[2] sondern nur bei Kontrakten,[3] sowie einer Reihe anderer Rechtsverhältnisse zur Anwendung kommt, bei denen zu Gunsten des einen Kontrahenten dem andern eine gewisse Sorgfalt auferlegt ist. Dieser Grundsatz wird von vielen verteidigt (s. Bahr, Zur Lehre von der culpa, in Grünhuts Zeitschrift Bd. IV, Nr. 2, Seite 66; Goldschmidt: Der Lucca-Pistoja Aktienstreit, Seite 81; Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. IV, Seite 12) und ist auch durch eine Anzahl Entscheidungen oberster Gerichtshöfe anerkannt; so entschied ein Erkenntnis des O. A. G. zu Lübeck vom 26. Februar 1853: „Wenngleich in Kontraktsverhältnissen grobes Verschulden und Arglist sich gleichstehen, so kommt doch zur Begründung der actio doli nur die letztere und nicht das erstere in Betracht." (Seufferts Archiv B. IX Nr. 144), sowie des R. O. H. G. zu Leipzig vom 26. Januar 1872: „Der Grundsatz, daß lata culpa dem dolus gleichstehe, gilt, richtiger Ansicht nach, nur dann, wenn es sich um Verletzung bestehender Obligationen handelt, nicht aber, wenn die Eingehung von Verbindlichkeiten in Frage steht, noch in den Fällen der actio und exceptio doli." (s. Seufferts Archiv Bd. XXVII Nr. 91.)

Die bona fides bei der Eigentumsersitzung bezieht sich nun auf den wahren Eigentümer der Sache, also eine dritte Person, die in keinerlei vertragsartigem Verhältnis zum Usukapienten steht, ja von deren Existenz der Usukapient garnichts ahnt. Da also ein Vertragsverhältnis zwischen dem Usukapienten und dem Eigentümer nicht vorliegt, so kann der Grundsatz: culpa lata dolus est, hier keine Geltung haben, vielmehr wird nur verlangt Abwesenheit des dolus, d. h. das Erfordernis, daß der Usukapient nicht wissentlich und absichtlich das Recht des Eigentümers verletzt, ohne daß wir jedoch eine Gleichstellung von dolus und culpa lata in diesem Falle vorzunehmen berechtigt wären.

Wenn zur Begründung des Ausschlusses der bona fides durch grobe Fahrlässigkeit weiter auf W. O. Art. 74 Bezug genommen wird,[4] so halte ich dieses aus folgenden Gründen nicht für richtig: Aus dem Wortlaute des Artikels geht hervor, daß die Wechselordnung doch offenbar einen Unterschied macht zwischen dem, der in mala fide, und dem, der zwar grobfahrlässig, jedoch durchaus in bona fide erworben hat. Wozu hätte es sonst der Hervorhebung des bösen Glaubens neben der groben Fahrlässigkeit und dieser scharfen Trennung der Begriffe bedurft? Die Wechselordnung deutet durch diese Hervorhebung an, daß sie keineswegs den guten Glauben als solchen durch diese Bestimmung ausschließen und treffen will, sondern sie sagt weiter nichts, als daß die auf grober Fahrlässigkeit beruhende bona fides für diesen konkreten Fall der mala

[1] s. Bruns, Seite 84—85; Jonas, § 8 Seite 34—36. — [2] s. Hesse 58, Seite 349 u. Note 111. — [3] anders Dernburg II, § 36 Ziffer 2 und Note 5 und 6 Seite 101. — [4] s. Wächter, § 16 Seite 74—75; Jonas, Seite 35 ff.

fides nur hinsichtlich der Wirkung gleichgestellt werden soll, ohne daß dadurch ausgesprochen werden sollte, die bona fides sei beim Vorliegen von grober Fahrlässigkeit überhaupt nicht vorhanden. Die Berufung auf diesen Art. 74 der W. O. ist also ebenfalls nicht imstande, den Beweis zu erbringen, daß die bona fides durch grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen wird, und es ist somit unser am Anfange aufgestellter Satz, daß auch durch einen unentschuldbaren tatsächlichen Irrtum der gute Glaube nicht vernichtet wird, als zu Recht bestehend anzuerkennen.

Von praktischer Bedeutung wird die Frage nach dem Einflusse des Irrtumes auf die bona fides bei der von Justinian durch die lex 8 § 1 C. 7,39 eingeführten außerordentlichen Ersitzung, und wollen wir an dieser Stelle auf dieselbe kurz eingehen. Die außerordentliche Ersitzung erfordert nur einen Besitz von 30 resp. 40 Jahren, vorausgesetzt, daß der Besitzer denselben bona fide erlangt hat: ut, si quidem bona fide ab initio eam rem tenuit, simili possit uti praesidio, sin vero mala fide eam adeptus est, indignus eo videatur. Ein Titel hingegen und Ersitzbarkeit der Sache, res habilis, werden nicht verlangt. Demgemäß kommt hier nur unsere eigentliche bona fides in Betracht, die wir bestimmt haben als das nescire rem alienam esse, und da wir ferner nachgewiesen haben, daß dieselbe durch jeden Irrtum gerechtfertigt wird, so kann und muß auch die außerordentliche Ersitzung bei Vorhandensein eines jeden Irrtumes, ja selbst eines Rechtsirrtumes vor sich gehen.[1]) Zwar ist diese Ansicht heftig angegriffen worden, und es ist auch für die außerordentliche Ersitzung ein entschuldbarer Irrtum gefordert worden;[2]) doch ist diese Streitfrage nur eine Konsequenz aus der Auffassung von dem Einflusse des Irrtums auf die bona fides, und bedarf es daher hier einer eingehenden Erörterung dieser Frage jetzt nicht mehr, da der von uns vertretene Standpunkt bereits oben näher begründet ist. Für die Ansicht, daß es bei der außerordentlichen Ersitzung auf die Entschuldbarkeit des dem guten Glauben zu Grunde liegenden Irrtumes nicht ankommt, haben sich mehrere oberste Gerichtshöfe in ihren Entscheidungen ausgesprochen, so ein Erkenntnis des O. A. G. zu Kiel vom 21. August 1861: „Gemeinrechtlich wird durch ein gesetzliches Veräußerungsverbot zwar die ordentliche Ersitzung, welche ein zur Eigentumsübertragung geeignetes Geschäft voraussetzt, ausgeschlossen, keineswegs aber die außerordentliche Ersitzung, bei welcher der 30 resp. 40 Jahre in der tatsächlichen Meinung, Eigentümer zu sein, fortgesetzte Besitz den Titel entbehrlich macht, und ein der Meinung, Eigentümer zu sein, etwa zu Grunde liegender Rechtsirrtum nicht hinderlich ist." (s. Seufferts Archiv Bd. XV Nr. 3), sowie die Entscheidung des Obertribunals in Stuttgart vom 24. Mai 10. Juni 1856: „Die außerordentliche Ersitzung erfordert keinen Titel, sondern nur guten Glauben. Sie kann daher stattfinden, wenn gar kein Titel, oder nur ein vermeintlicher Titel vorhanden ist, oder ein Fehler an demselben haftet, welcher das Rechtsgeschäft unkräftig macht, sofern nur das Bewußtsein fremden Rechtes, oder eines Mangels an dem eignen Rechte dem Ersitzenden nicht innewohnt. Auf den Grund dieses mangelnden Bewußtseins kommt nichts an, mag er in grober Fahrlässigkeit oder in entschuldbarem Irrtum liegen, und mag der letztere auf Tatsachen oder Rechtssätze sich beziehen.

---

[1]) ebenso Savigny III, Seite 371 Note b.; Dernburg $I_{/2}$, § 222 Nr. 5 Seite 129; Wächter, § 26 Seite 114—118; Puchta Pandekten, § 159 Seite 242; Mager, Seite 92. — [2]) so Windscheid, § 183 Note 2 Seite 829; Wendt, § 127 Seite 345; Vangerow, § 325 Anm. 2 Seite 615; Bruns, Seite 105—108; Scheurl II, Seite 79—81.

fr. 25 § 6 D. 5,3. Andere Gesetzesstellen, welche eine ignorantia iuris als Hindernis der Usukapion aufstellen (fr. 4 D. 22,6; fr. 32 § 1 D. 41,3) beziehen sich nur auf die ordentliche Ersitzung und den zu dieser erforderlichen iustus titulus, nicht aber auf die praescriptio longissimi temporis, die nichts weiter als das negative Erfordernis der Abwesenheit einer mala fides erheischt." (s. Seufferts Archiv Bd. XI Nr. 17.)

§ 12. Der Einfluß des Rechtsirrtumes auf das Vorhandensein der bona fides, die sich auf die Gültigkeit des Titels erstreckt.

Die Beschaffenheit des Irrtumes bei dem guten Glauben, der sich auf den Titel bezieht, ist ganz anderer Art wie bei unserer eigentlichen bona fides. Hier bedeutet der Irrtum in der Tat eine Ausnahme von der Rechtsregel, die bestimmte, daß die Usukapion nur auf Grund eines rechtsgültigen Titels vor sich gehen sollte, denn usucapio non praecedente vero titulo procedere non potest (lex 4 C 7,29), da zur Kaiserzeit trotz mangelhaften Titels sich auch derjenige ausnahmsweise auf die Usukapion berufen darf, der infolge eines Irrtums die Gültigkeit oder das Vorhandensein des Titels annahm. In diesem Falle kommen im allgemeinen die gewöhnlichen Regeln über den Irrtum zur Anwendung.

Bei dieser zur Ergänzung des Titels bestimmten bona fides führt der Rechtsirrtum nun niemals, selbst wenn er entschuldbar ist,[1] zur Ersitzung, eine Regel, die Hesse[2] mit folgenden Worten begründet: „Bei der Ersitzung kann wohl an Stelle eines wahren Titels, von welchem der Erwerb abhängt, ein bloß geglaubter Titel zugelassen, nicht aber gestattet werden, daß an Stelle des wahren Rechtssatzes, welcher das Geschäft beherrscht, ein falscher, bloß vermeintlicher Rechtssatz von dem Erwerber gesetzt werde. Auf diese Weise würde Rechtsunwissenheit resp. Irrtum eine neue Rechtsquelle in Verbindung mit dem Zeitablauf, und der Erwerber bestimmte sich durch seine subjektive Meinung selbst die Rechtsregel für seinen Erwerb." Auf diesen Irrtum sind alle die Stellen zu beziehen, die wir im § 10 angeführt und besprochen haben. Aus den im § 10 angeführten Stellen geht hervor, daß ein Rechtsirrtum in diesem Falle stets die Ersitzung ausschließen soll,[3] wie die Ausdrücke „numquam" und „nulli" prodest zur Genüge dartun, sodaß auch dann nicht Ausnahmen zugelassen werden können, „wenn ausnahmsweise objektive Gründe die Rechtsunkenntnis als eine gerechtfertigte erscheinen lassen."[4] Zur Begründung einer ausnahmsweisen Zulassung des Rechtsirrtums führt man gewöhnlich an die lex 9 § 3 D 22,6. Sed iuris ignorantiam non prodesse Labeo ita accipiendum existimat, si iuris consulti copiam haberet vel sua prudentia instructus sit, ut, cui facile sit scire, ei detrimento sit iuris ignorantia: quod raro accipiendum est.

Hesse[5] hat nun dargetan, daß sich diese Stelle ursprünglich nur auf den Rechtsirrtum bei der bonorum possessio bezogen hat, und daß es daher nicht berechtigt sei, sie auf andere Fälle, in denen der Rechtsirrtum schadet, auszudehnen. Der in den Quellen aufgestellte Grundsatz, daß der Rechtsirrtum bei dem auf den Titel sich beziehenden guten Glauben schadet, ist im übrigen

[1] Adler, Seite 181—182. — [2] Seite 336. — [3] s. Wächter, Seite 111, 113—114; Vangerow I, § 321 Anm. 1 Nr. 3. — [4] s. Windscheid, § 178 Note 2 Seite 815. — [5] 57, § 14 Seite 231—232.

absolut ausgesprochen, und nirgends ist eine Ausnahme hervorgehoben, sodaß wir diese Regel auch als ausnahmsloses Prinzip annehmen müssen.

§ 13. Der Einfluß des tatsächlichen Irrtums auf das Vorhandensein der bona fides, die sich auf die Gültigkeit des Titels bezieht.

Der faktische Irrtum, der sich auf den den Titel ersetzenden guten Glauben bezieht, findet nun nicht stets Beachtung,[1] sondern nur dann, wenn er den Umständen nach gerechtfertigt war, d. h. wenn er eine iusta causa[2] zur Grundlage hat, oder wenn er tolerabilis et probabilis[3] ist, oder endlich, wenn ihm nicht eine levis praesumtio[4] zu Grunde liegt. Dadurch wird ausgesprochen, daß es in diesem Falle auf die subjektive Anschauung des Individuums nicht ankommt; irrt dasselbe im einzelnen Falle auf Grund eines leichtfertig gefaßten, subjektiv allerdings durchaus guten Glaubens, so soll er auch die Folgen dafür hinnehmen. Das Gesetz hat vielmehr einen objektiven Maßstab geschaffen, nach dem es den Grad des Irrtumes im Einzelfall beurteilt wissen will. Der Irrtum muß, falls wir die ganze Sachlage des Einzelfalles berücksichtigen, tolerabilis et probabilis, d. h. etwa verständlich, erklärlich und natürlich erscheinen, und somit in den zu Grunde liegenden Verhältnissen seine Rechtfertigung finden. Als Gesamtergebnis unserer Betrachtung über den Einfluß des Irrtumes auf das Vorhandensein der bona fides könnten wir daher kurz folgendes anführen: Bei der bona fides, die sich als nescire rem alienam esse darstellt, genügt jeder Irrtum, mag es sich um Rechtsirrtum oder faktischen Irrtum handeln,[5] mag er entschuldbar oder unentschuldbar sein. Der sich auf den Titel beziehende gute Glaube findet jedoch Berücksichtigung nur dann, wenn er auf einem gerechtfertigten faktischen Irrtum beruht.

§ 14. Der Beweis der bona fides.[6]

Wie wir die bona fides als das nescire rem alienam esse und die den Titel ergänzende bona fides bisher stets als zwei ganz verschiedene Begriffe kennen gelernt hatten, so können wir sie auch hinsichtlich der Beweislast nicht den gleichen Grundsätzen unterstellen.

Die eigentliche bona fides ist kein wesentlicher Bestandteil der Usukapion, sondern sie ist nur eine Voraussetzung, an deren Vorhandensein der Eintritt der Usukapion geknüpft ist insofern, als das Fehlen des guten Glaubens den Eintritt der Rechtswirkung ausnahmsweise verhindert (s. § 9 Seite 29). Diese Anschauung finden wir auch bei Römer[7] ausgesprochen: „Wo die fides bei den Rechtsinstituten für sich in Betracht kommt, erscheint sie immer nur als mala fides, als besonderes, rechtshinderndes Moment, als singuläre Beschränkung, als Ausnahme von der Regel und muß deshalb bewiesen werden." Hieraus ergibt sich auch die Frage nach der Regelung der Beweislast. Der Usukapient hat nur die wesentlichen Bestandteile der Usukapion, also den durch iustus titulus erworbenen Besitz und die Dauer dieses Besitzes zu beweisen, während

---

[1]) Hesse 58, Seite 337/338. — [2]) lex 11 D 41,4. — [3]) lex 5 D 41,10. — [4]) lex 44 § 4 D 41,3. — [5]) s. Adler, Seite 177 u. 183/4; Mager, Seite 90; Hesse, Seite 330/331. — [6]) Wächter, § 12 Seite 44—47; Burckhard, Seite 337—361; Hesse, § 11 Seite 338—341; Unterholzner I, § 139 Seite 497—499; Savigny III, Seite 372; Römer, Seite 69—80; Jonas, § 9 Seite 38—40; Harnier, §§ 9—11 Seite 29—40 und § 15 Seite 50—54. — [7]) Seite 76.

es dem Gegner, der den Nichteintritt der Usukapion für sich geltend machen will, obliegt, den Beweis der mala fides des Besitzers zu führen, die er im Wege der Einrede resp. der Replik vorbringt. Hiermit übereinstimmt ein Erkenntnis des O. A. G. in Celle vom 20. Februar 1861:

„Der Kläger hatte sich auf 30jährige Ersitzung berufen, Beklagter den guten Glauben bestritten. Das Gericht erster Instanz legte dem Kläger den Beweis des gutgläubigen Besitzes während 30 Jahren auf; das Berufungsgericht reformierte, befreite den Kläger von dem Beweise der bona fides, und ließ dem Beklagten den der mala fides nach, weil für die Begründung der außerordentlichen Ersitzung die Behauptung des 30jährigen Besitzes genüge, während die mala fides den Gegenstand einer dawider vorzubringenden Einrede im Sinne des heutigen Prozesses bildet" (s. Seufferts Archiv Bd. XVI Nr. 9), und Römer:[1] „Die mala fides des Beklagten ist bei der Usukapion als ein Hindernis, ein eine Ausnahme von der regelmäßigen Wirkung jenes Begriffes begründendes Moment eingeführt worden, sodaß nie der Beklagte seine bona fides, sondern immer der Gegner die mala fides zu erweisen hat", sowie endlich Wächter:[2] „Soweit der gute Glaube die Grundlage und Bedingung eines Rechtserwerbes ist, hat derjenige, der das Recht geltend macht, ihn nicht besonders anzuführen und zu beweisen; vielmehr ist, wenn der Gegner durch Behauptung der mala fides das betreffende Recht leugnet, dieses eine Einrede, beziehungsweise Replik, welche er zu beweisen hat."

Fassen wir die bona fides — wie wir es oben getan haben — als die Abwesenheit des dolus gegen den wahren Eigentümer auf, so kommen wir hinsichtlich der Beweislast zu ganz demselben Ergebnis, da die Regel lautet, daß den Nachweis des dolus stets der zu erbringen hat, der auf Grund des Vorhandenseins des dolus ein Recht geltend machen will.[3] lex 18 § 1 D 22,3. Qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere dolum admissum debet.

So herrscht auch im allgemeinen Uebereinstimmung dahin, daß der Gegner die mala fides zu beweisen habe, wenn auch die Begründungen, durch die die einzelnen Schriftsteller zu diesem Resultate kommen, sich in Einzelheiten zum Teil widersprechen.

Windscheid[4] ist allerdings der Ansicht, daß der Usukapient seinen guten Glauben beweisen müsse, weil die bona fides als ein innerer Seelenzustand nicht direkt bewiesen werden könne, sondern nur die die Besitzergreifung begleitenden Umstände einen Schluß auf sein Vorhandensein zuließen, und habe der Usukapient daher die Umstände zu beweisen, die den Schluß auf seinen guten Glauben und die Entschuldbarkeit desselben rechtfertigen. Hierauf wäre folgendes zu erwidern: Zweifellos ist der gute Glaube ein rein innerlicher Vorgang, auf dessen Vorhandensein wir deswegen nur aus seiner Betätigung in der Außenwelt schließen können. Daraus aber entnehmen zu wollen, daß der Usukapient den Beweis des Vorliegens der bona fides führen müsse, ist nicht gerechtfertigt. Diesen rein inneren Vorgang und Zustand kann auch der Usukapient wohl schwer beweisen, auch er könnte höchstens — wie Windscheid es ja auch von ihm verlangt — äußere Tatsachen anführen, die zu dem Schlusse des Vorhandenseins der bona fides berechtigen. Dieses hat er aber — wie wir oben dargetan haben — auch gar nicht nötig. Aufgabe des Gegners ist

[1]) Seite 77. — [2]) Seite 44. — [3]) s. Hesse, Seite 339. — [4]) § 177 Note 7a Seite 814.

es vielmehr, Tatsachen oder Handlungen anzugeben, die beweisen, der Usukapient habe Kenntnis davon gehabt, daß die Sache eine fremde war, und somit dolos gehandelt. In derselben Weise äußert sich ein Erkenntnis des obersten Gerichtshofes in Bayern vom 26. April 1873: „Die Frage, welche Partei die Beweislast trifft, wenn der Erwerb eines streitigen Rechtes von dem guten Glauben des Erwerbers abhängt und dieser von der Gegenpartei bestritten wird, ist zwar eine Kontroverse; die in der Doktrin wie in der Praxis vorherrschende, namentlich in letzterer weitaus überwiegende und auch vom diesseitigen Gerichtshofe stets befolgte Ansicht ist jedoch die, daß, sofern nicht die Erwerbshandlung selbst den Charakter der Unredlichkeit an sich trägt, der gute Glaube des Erwerbers bis zum Beweise des Gegenteils vorausgesetzt werde, und daß daher derjenige, der sich auf einen redlichen, im guten Glauben geschehenen Erwerb beruft, von dem Beweise dieser Eigenschaft seines Erwerbes befreit sei und vielmehr die diese Eigenschaft bestreitende Gegenpartei das Vorhandensein des bösen Glaubens, bezw. der faktischen Momente, welche die Annahme eines solchen zu begründen geeignet sind, zu erweisen habe.

Diese Ansicht muß auch mit Rücksicht auf die hierfür sprechenden gesetzlichen Bestimmungen (const. 30 de ev. 8,45 und cap. 47 de reg. iur. in VI. 5,13) als die berechtigtere umsomehr erachtet werden, als dieselbe auch aus dem Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit und Billigkeit sich empfiehlt, da der rechtliche Begriff des guten Glaubens ein rein negativer, lediglich in der Abwesenheit des unredlichen Bewußtseins bestehender, und der positive Beweis dieser inneren Tatsachen nicht bloß schwierig ist, sondern meistens geradezu unmöglich sein wird, während der Beweis des Gegenteils aus Aeußerungen oder Handlungen der betreffenden Person sehr wohl möglich, oft sogar ganz leicht ist." (S. Seufferts Archiv Bd. XXXI Nr. 187.)

Burckhard[1]) fordert, daß die bona fides in Bezug auf das Recht des Auktors, da sie entschieden Erfordernis der Usukapion sei, ebenso von dem Usukapienten zu beweisen sei, wie der Titel. Zu diesem unrichtigen Ergebnis muß er deswegen gelangen, weil er von der Annahme ausgeht, die bona fides sei ein Erfordernis der Usukapion, während sie doch in Wahrheit nur eine Voraussetzung des Beginnes der Usukapion, nicht jedoch ein Erfordernis derselben in dem von Burckhard angenommenen Sinne ist.

Im Gegensatz hierzu muß der Irrtum, der sich auf den Titel oder die Veräußerungsfähigkeit des Auktors bezieht, von dem Ersitzenden erwiesen werden.[2]) Der Grund ist darin zu suchen, daß die Usukapion nur ausnahmsweise bei mangelnder Dispositionsfähigkeit oder bloßem Putativtitel zugelassen wird, wenn nämlich ein error probabilis dem guten Glauben zu Grunde liegt, und nur unter diesen Umständen eine Abweichung von dem Erfordernis des gültigen Titels eintritt. Während die eigentliche bona fides ferner zum Schutze des Eigentümers der Sache eingeführt war, ist hier der gute Glaube zu Gunsten des Usukapienten selbst aufgestellt, und ist es daher auch die Aufgabe des Usukapienten, den Beweis zu erbringen, daß der Irrtum im konkreten Falle ein den Umständen nach gerechtfertigter war, und also die Kraft hatte, ausnahmsweise zu einer Usukapion zu führen.

---

[1]) Seite 351. — [2]) s. Hesse, Seite 340 und 341; Römer, Seite 31.

3. Abschnitt: Das kanonische und das gemeine Recht.

§ 15. Die Bedeutung des durch das kanonische Recht eingeführten Satzes: mala fides superveniens nocet, und der Einfluß dieser durch das kanonische Recht geschaffenen Modifikation auf die gemeinrechtliche Lehre.[1])

Die Lehre von der Ersitzung ist nicht in der rein römischen Fassung, wie wir sie bis jetzt vorgetragen haben, gemeines Recht geworden, sondern sie hat durch das kanonische Recht eine wesentliche Modifikation erfahren. Das kanonische Recht, das auf allen Rechtsgebieten ein so großes Gewicht auf die Wahrung der bona fides legt und jedes Handeln gegen Treu und Glauben für eine Sünde erklärt, konnte auch von diesem Standpunkte aus den Grundsatz des römischen Rechtes nicht billigen, daß derjenige die Vorteile der Usukapion genießen sollte, der eine Sache zwar gutgläubig erworben hatte, aber später in mala fide kam dadurch, daß er erfuhr, die Sache gehörte nicht dem Veräußerer. Setzte der Erwerber nach erlangter Kenntnis von der Unrechtmäßigkeit seines Besitzes den Besitz trotzdem fort, so verstieß er eben von diesem Augenblick an nach der Anschauung des kanonischen Rechtes gegen die Grundsätze der bona fides. Daher stellte das kanonische Recht hinsichtlich der Dauer der bona fides stärkere Anforderungen als das römische Recht, es verlangte das Vorhandensein des guten Glaubens während des ganzen Laufes der Ersitzungszeit, mit anderen Worten: es hob den römischen Satz: mala fides superveniens non nocet auf, und setzte an seine Stelle den Satz: mala fides superveniens nocet.

Bei Gratian finden wir allerdings noch die römische Ersitzungslehre in ihrer ursprünglichen Gestalt,[2]) und weist Gratian noch ausdrücklich darauf hin, daß bona fides nur am Anfange, d. h. bei der Besitzergreifung erforderlich sei, während eine mala fides superveniens nicht schade. C. 16 qu. 3 pars VIII § 1. Qui enim bona fide et iusto titulo rem presentis per decennium, absentis vero per vicennium tenuerit, perpetua exceptione tutus erit, non solum adversus alios, sed etiam adversus creditores, quibus res ipsa obligata fuerat, etiam adversus verum dominum. Si vero aliquo casu a possessione ceciderit, etiam adversus verum dominum utiliter rem vendicare poterit. Si autem nullo titulo, bona tamen fide, per tricennium rem alicuius possederit, simili gaudebit presidio. Bona vero fides non ad tractum medii temporis, sed ad inicium possessionis refertur. Sufficit enim in inicio cuique bona fide possidere cepisse, etiamsi medio tempore conscientiam rei alienae habuerit.

Für die Ersitzung stimmen also diese Grundsätze vollkommen mit dem römischen Rechte überein. Daß die Ersitzung einen weiteren Umfang annahm,[3]) indem der Begriff der „Sache" durch das kanonische Recht erweitert wurde, kommt hier für unsere Aufgabe nicht weiter in Betracht, da eine solche Erweiterung ja keinen Einfluß auf das Wesen der Ersitzung und des guten Glaubens gehabt hat.

[1]) Moellenthiel, §§ 19—32; Hildenbrand, Seite 29—49; Unterholzner I, § 92 Seite 306—314 und § 98 Seite 329—331; Horn, Seite 1—51. — [2]) s. Horn, Seite 5. — [3]) s. Moellenthiel, Seite 125; Horn, Seite 7 und 8.

Eine Abänderung des römischen Rechtes enthält dagegen eine Verordnung von Alexander III. im c. 5 X. de praescriptionibus 2,26. Vigilanti studio cavendum est . . . ne malae fidei possessores simus in praediis alienis, atque rebus ecclesiasticis, quoniam nulla antiqua dierum possessio divino iure iuvat aliquem malae fidei possessorem, nisi resipuerit, postquam se noverit aliena possidere, cum iure etiam bonae fidei possessor dici non possit. Ephesinus enim legislator Origenis patruus solum propter vitandam miserorum segnitiem et longi temporis errorem et confusionem primus tricennali vel quadragenali praescriptioni vigorem legis imposuit. Nobis autem tam in rebus cognitis quam in rebus latentibus placuit non habere vigorem.

Diese Vorschrift spricht also nur von der 30- und 40jährigen Ersitzung, während sie für die 10- und 20jährige Ersitzung eine bona fides continua nicht erfordert,[1] ferner erwähnt diese Stelle nur den Sachbesitz[2] (in praediis alienis), während sie diese Bestimmung auf den Rechtsbesitz nicht ausdehnte.

Zum Abschlusse gebracht wurde diese Entwickelung durch eine Verordnung des Papstes Innocens III., die maßgebend für die ganze gemeinrechtliche Anschauung gewesen ist, in dem c. 20 X. de praescriptionibus 2,26. Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est, synodali iudicio diffinimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio, tam canonica quam civilis, cum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet, ut qui praescribit in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae.

Dieser Kanon läßt erkennen, daß die im c. 5 h. t. ausgesprochene Anschauung sich noch nicht zur Herrschaft durchgerungen hatte, sondern daß auch die römische Lehre, der ja auch Gratian beigepflichtet hatte, noch zahlreiche Anhänger fand, sodaß es erforderlich wurde, die bestehenden Meinungsverschiedenheiten vermittelst eines Gesetzes durch eine keine Zweifel mehr zulassende Entscheidung zu beseitigen.[3] Durch c. 20 wurde jetzt daher also klar und deutlich zum Ausdruck gebracht, daß zu der Ersitzung bona fides am Anfange nicht genüge, sondern daß der Usukapient während der ganzen Dauer der Ersitzungszeit in gutem Glauben sein müsse, und zwar in der Weise, daß er nicht das Bewußtsein haben dürfe, die Sache sei eine fremde. Durch diese „conscientia rei alienae" wird zum Ausdrucke gebracht, daß bloße Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Besitzes, wenn dieser einmal fehlerlos erlangt ist, nicht genügen, um den Besitzer als malae fidei possessor erscheinen zu lassen, sondern es wird vielmehr das positive Wissen, daß die Sache einem andern gehöre, erfordert. Die sonstigen Aenderungen, die diese Verordnung herbeiführte, z. B. Ausdehnung der Ersitzung auf den Rechtsbesitz, ferner die Streitigkeiten darüber, ob diese Vorschrift sich nur auf die Usukapion und die Klagenverjährung bezieht,[4] bedürfen keiner Erörterung, da sie für unsere Aufgabe nicht von Bedeutung sind. Außer dieser continuatio bonae fidei hat das kanonische Recht keine uns interessierenden Aenderungen getroffen, sodaß das Wesen und der Begriff der bona fides durch die kanonische Gesetzgebung nicht berührt worden

[1] s. Moellenthiel, § 23 Seite 128; Hameaux, Seite 140—142; anders Hameaux, Seite 142. — [2] anders Horn, Seite 26. — [3] s. Horn, § 6 Seite 34—37. — [4] s. Hildenbrand, Seite 47—49.

ist, und nur die Anwendbarkeit auf gewisse Gebiete ausgedehnt ist, die dem römischen Rechte fremd waren.

Die von Hameaux[1]) aufgestellte Behauptung, daß das kanonische Recht nur auf die longi temporis praescriptio anzuwenden, dagegen auf die usucapio nicht auszudehnen sei, bedarf keiner näheren und eingehenderen Widerlegung, da ihre Unrichtigkeit längst nachgewiesen worden ist,[2]) und auch keiner nach ihm wieder diese Anschauung zu verteidigen gesucht hat. Zu dieser unrichtigen Auffassung wird er dadurch geführt, daß er auch noch für das justinianische Recht scharf trennt zwischen usucapio, die nur auf Mobilien, und der longi temporis praescriptio, die nur auf Immobilien Anwendung finden soll, während doch Justinian diese beiden Rechtsinstitute zu einem einheitlichen Rechtsinstitute verschmolzen,[3]) sie den gleichen Grundsätzen unterstellt und daher jeden Unterschied zwischen ihnen verworfen hat.

Die Widerlegung dieser Ansicht, die ja — streng genommen — nicht zu unserer eigentlichen Aufgabe gehört und nur hinsichtlich der Frage des Erfordernisses der continuatio bonae fidei für uns von Bedeutung ist, glaubte ich wegen ihrer praktischen Wichtigkeit nicht gänzlich mit Stillschweigen übergehen zu dürfen, und mag dieser Grund daher als Rechtfertigung für diese Ausführung dienen.

In dieser durch das kanonische Recht getroffenen Modifikation, die keine das Wesen der römischen bona fides berührende abweichende Bestimmungen enthält, ist das römischrechtliche Institut der Ersitzung in Deutschland rezipiert und gemeines Recht geworden. Zwar waren im gemeinen Recht der Begriff und das Wesen der bona fides nicht einheitlich festgestellt, es traten sich vielmehr die verschiedenartigsten Auffassungen schroff gegenüber. Bei ihren Ausführungen stützen sich aber sämtliche Schriftsteller auf die justinianischen Quellen, und die Fülle der Streitfragen resultiert einzig und allein daraus, daß sie den römischrechtlichen Begriff verschieden aus den Quellen interpretierten. Im übrigen ist eine Aenderung des Begriffes — wie bereits hervorgehoben — im gemeinen Rechte nicht vorgenommen, sondern es ist eben nur versucht worden, denselben auf Grund der Quellen zu fixieren. Unsere Auffassung von dem Begriffe und dem Wesen der bona fides ergibt sich daher auch für das gemeine Recht aus den vorhergegangenen Ausführungen, und so können wir infolgedessen ebenfalls für das gemeine Recht den guten Glauben in folgender Weise bestimmen: Die bona fides bei der Eigentumsersitzung stellt sich dar als das Nichtwissen, daß die Sache eine fremde sei, oder als das Nichtwissen, daß dem Veräußerer die Befugnis zur Veräußerung nicht zustehe. Die Beschaffenheit des diesem guten Glauben zu Grunde liegenden Irrtumes ist für das Vorhandensein der bona fides ohne Einfluß, mag es sich um einen Rechtsirrtum oder um einen tatsächlichen Irrtum handeln, und mag derselbe entschuldbar oder unentschuldbar sein. Während aber das römische Recht diesen guten Glauben nur im Augenblicke der Besitzergreifung erforderte, muß nach gemeinem Rechte die bona fides für die ganze Dauer der Ersitzungszeit vorhanden sein, und während ihres ganzen Laufes dem Usukapienten das Bewußtsein fehlen, daß die Sache eine fremde ist und durch sein Besitzverhältnis und die Fortsetzung desselben das Recht eines anderen, nämlich des wahren Eigentümers, verletzt wird.[4])

[1]) Hameaux, Seite 139 ff.; Seite 228—229. — [2]) s. Vangerow, § 322 Anm. 2 Seite 604. — [3]) s. auch Dernburg, § 219 Seite 118/9 und Note 13. — [4]) s. Horn, Seite 49.

Was endlich die Regelung der Beweislast betrifft, so hat nicht der Usukapient seinen guten Glauben zu beweisen, weil die bona fides auch nach gemeinem Rechte nicht wesentlicher Bestandteil der Ersitzung ist, sondern der Gegner hat den Nachweis der mala fides zu erbringen, da für diesen Fall eine Ausnahme von der Regel des Eigentumserwerbes durch Usukapion aufgestellt ist.

Inwieweit die Vorschriften des B. G.-B. mit den Bestimmungen des römischen und gemeinen Rechtes übereinstimmen, und ferner ob und inwieweit der für die Eigentumsersitzung nach B. G.-B. erhebliche gute Glaube von dem nach römischem und gemeinem Rechte erforderten abweicht, wird Gegenstand folgender Erörterung sein.

II. Teil:

Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches.

§ 16. Der Erwerb im guten Glauben nach dem B. G.-B. Anführung der Fälle, in denen nach dem B. G.-B. eine Ersitzung noch erforderlich ist.

Der Fundamentalgrundsatz, der das ganze römische Sachenrecht beherrschte und auch mit der Rezeption in Deutschland zur Geltung kam, lautete: nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet (lex 54 D 50,17), und die Konsequenz dieses Satzes war: ubi meam rem invenio, ibi vindico. Infolge dieser Grundsätze war für das römische und gemeine Recht die Ersitzung von großer Bedeutung und praktischer Wichtigkeit. Aufgabe dieses Rechtsinstitutes war es, überall da helfend einzugreifen, wo der gutgläubige Erwerber wegen eines Mangels im Rechte seines Auktors nicht Eigentümer geworden war und somit die Gefahr bestand, daß er die Sache dem wahren Eigentümer wieder herauszugeben hatte. Der gute Glaube an die Berechtigung des Auktors zur Uebertragung oder Begründung des Rechtes wurde eben vom römischen Rechte nicht als ausreichend angesehen, um dem wahren Eigentümer zu Gunsten des Erwerbers sein Recht zu entziehen, und um einen sofortigen Eigentumsübergang auf den Erwerber eintreten zu lassen; zu dem Eigentumserwerbe bedurfte es vielmehr noch des Ablaufes einer gewissen Zeit, mit anderen Worten: der Erwerber mußte die Sache ersitzen. Durchbrochen wurde dieses Prinzip allerdings schon durch die Bestimmungen der Art. 306 und 307 des A. H. G.-B., doch waren diese Vorschriften nur eine Ausnahme; zu einem allgemeinen Grundsatze wurden sie nicht.

Das B. G.-B. hat die römischrechtlichen Grundsätze nicht übernommen, es ist vielmehr zu den deutschrechtlichen Anschauungen, die wir bereits in den soeben erwähnten Artikeln des A. H. G.-B. wieder finden, zurückgekehrt und hat dem gutgläubigen Erwerbe vom Nichteigentümer im allgemeinen die Kraft beigelegt, den sofortigen Eigentumserwerb herbeizuführen, sodaß es einer Ersitzung nicht mehr bedarf, wie aus § 932 I hervorgeht: „Durch eine nach § 929 erfolgte Veräußerung wird der Erwerber auch dann Eigentümer, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört, es sei denn, daß er zu der Zeit, zu der er nach diesen Vorschriften das Eigentum erwerben würde, nicht in gutem Glauben ist.“ Dieser § besagt also, daß derjenige, der in gutem Glauben eine bewegliche Sache vom Nichteigentümer durch ein Veräußerungsgeschäft erwirbt, sofort Eigentümer der Sache wird, falls derselbe nur „zu der Zeit, zu der er nach diesen Vorschriften das Eigentum erwerben würde“, d. h. zur

Zeit der Einigung oder Uebergabe (§ 929, Satz 1) sich in gutem Glauben befindet, während eine spätere Kenntnis von dem Nichteigentume des Veräußerers nicht schadet. Ausschlaggebend für den Eigentumserwerb ist der Zeitpunkt, in welchem das letzte der beiden Erfordernisse des Erwerbes eintritt,[1] und so genügt es, daß der Erwerber in diesem Momente der Einigung oder der Uebergabe in gutem Glauben ist. Erfolgt die Veräußerung nicht durch Uebergabe, sondern durch eine diese ersetzende Einigung, so wird noch erfordert:[2] bei der brevi manu traditio, daß der Erwerber den Besitz vom Veräußerer erlangt hatte (§ 932, Abs. 1, Satz 2), beim constitutum possessorium, daß die Sache vom Veräußerer an den Erwerber übergeben ist (§ 933), und bei der Abtretung des Herausgabeanspruches die Abtretung des Anspruches, falls der Veräußerer mittelbarer Besitzer der Sache ist, anderenfalls Erlangung des Besitzes von dem Dritten (§ 934). Erforderlich ist ferner, daß dem Erwerbe ein auf Uebertragung des Eigentumes gerichtetes gültiges Rechtsgeschäft zu Grunde liegt. Dieses muß stets so beschaffen sein, daß, falls dem Auktor das Recht wirklich zugestanden hätte, das Recht in der Tat übergegangen wäre; und insofern ist der Erwerb derivativ.[3] Der Erwerb ist jedoch andererseits auch originär,[4] als der Erwerber nicht in die Rechtslage seines Rechtsvorgängers eintritt, sondern er die Sache erwirbt, wie sie ihm ihrer Rechtslage nach bekannt ist; die Folge ist die, daß dann Rechte Dritter, die an der Sache bestehen, dem Erwerber aber unbekannt sind, mit dem Erwerbe des Eigentumes erlöschen. (§ 936.)

Der gute Glaube deckt jedoch nur Mängel im Rechte des Veräußerers,[5] Mängel des Uebertragungsgeschäftes ist er nicht zu heilen imstande, hier ist es vielmehr nach wie vor Aufgabe der Ersitzung, durch den Zeitablauf diese Mängel zu beseitigen. So würde z. B. der gutgläubige Erwerb von einem Geschäftsunfähigen, den der Erwerber für geschäftsfähig hielt, dem Erwerber das Recht nicht sofort verschaffen.[6] Ferner wäre auch der gute Glaube an die irrig vorausgesetzte Vertretungsmacht nicht in der Lage, einen sofortigen Eigentumsübergang herbeizuführen.[7] Anderer Meinung ist allerdings Wendt,[8] der auch beim Erwerbe vom falsus procurator sofort Eigentum übergehen lassen will, und der den Grundsatz aufstellt,[9] „daß auch der Irrtum über die vermeintliche Veräußerungsbefugnis und Verfügungsgewalt eines Nichteigentümers sehr wohl den Schutz des guten Glaubens verdient, so oft nur an diesem selbst kein Bedenken besteht." Infolgedessen sieht Wendt in dem § 366 H.-G.-B. keine Sonderbestimmung, sondern nur eine Wiederholung und Bestätigung des bürgerlichen Rechtes. „Es sei — so fährt er fort — darin nichts enthalten, was nicht vom Standpunkt des B. G.-B. ebenfalls zu lehren wäre. Die Meinung, daß sich hier Handelsrecht und bürgerliches Recht nicht decken, sei für irrtümlich erkannt, der Wert des § 366 liege also nur darin, auf die Bedeutung der Frage überhaupt hingewiesen und jedenfalls für das Handels-

---

[1]) s. Planck Bd. III, Seite 186; Staub, Seite 1176 Anm. 26. — [2]) s. Denkschrift, Seite 195—196; Protokolle, Seite 208—210. — [3]) s. Hachenburg, Seite 132. — [4]) Wendt, Seite 17—21; Goldmann-Lilienthal, Seite 443 III; Lehmann, Seite 167; Scherer, Seite 123 Nr. 232; Staudinger III, Anm. 1 zu § 945. — [5]) Planck Bd. III, Seite 186; Biermann, Seite 141; Matthias Bd. II, Seite 62; Motive, Seite 344; Cosack, § 198 IV, 1a Seite 119; Staudinger III, Anm. 3d zu § 932; Lehmann-Ring Bd. II, Seite 76 Nr. 2. — [6]) s. Lessing, Seite 610; Biermann, Seite 142 h. — [7]) Endemann, Seite 320; Hachenburg, Seite 136; Planck Bd. III, Seite 185. — [8]) Archiv f. d. c. Pr. Bd. 89, Seite 79. — [9]) Wendt, Seite 74; ebenso auch Seite 66—67.

recht ihre Behandlung sicher gestellt zu haben."[1]) Daß diese Ansicht Wendts jedoch nicht haltbar ist und eine solche Ausdehnung sich durch das Gesetz nicht begründen läßt, hat Hachenburg eingehend nachgewiesen,[2]) und auch von allen anderen Schriftstellern ist die Lehre Wendts als unrichtig verworfen worden. Die Vorschriften des H.-G.-B. würden, wenn dasselbe schon nach bürgerlichem Rechte gelten würde, ein Superfluum enthalten und daher unverständlich sein.[3]) Aus der ausdrücklichen Hervorhebung im § 366 kann bereits der Schluß gezogen werden, daß durch diese Bestimmung ein ius singulare — eine Besonderheit und zwar eine Erleichterung[4]) — geschaffen werden sollte, welches den Zweck verfolgt, das Wirkungsgebiet des guten Glaubens zu vergrößern[5]) und den Schutz des guten Glaubens für den Handelsverkehr zu erweitern,[6]) indem der gute Glaube des Erwerbers imstande ist, nicht nur dann Eigentum zu verschaffen, wenn der Erwerber nicht wußte, daß der Veräußerer nicht Eigentümer sei — wie nach dem B. G.-B. —, sondern sogar dann, wenn der Erwerber wußte, daß der Veräußerer nicht Eigentümer sei, jedoch im guten Glauben annahm, dem Veräußerer stehe die Befugnis zu, für den Eigentümer über die Sache zu verfügen. Es findet also demnach § 366 dann Anwendung, wenn der Erwerber gutgläubig Vertretungsbefugnis des die Veräußerung Vornehmenden annahm.[7]) Andere Mängel, wie z. B. die mangelnde Geschäftsfähigkeit des Veräußerers oder die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Veräußerungsgeschäftes, zu heben, ist allerdings der § 366 ebenfalls nicht imstande, und könnte hier wiederum nur die Ersitzung zu einem Eigentumserwerb führen.[8])

Daß das H.-G.-B. durch die Bestimmung im § 366 keine Wiederholung und Hervorhebung der Vorschriften des bürgerlichen Rechtes hat geben, sondern eine dem Handelsrechte eigentümliche Norm hat schaffen wollen, geht meines Erachtens schon aus dem Wortlaute des § 366 unmittelbar hervor. § 366 besagt, daß, falls ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes eine ihm nicht gehörige bewegliche Sache veräußert, die Vorschriften des B. G.-B. zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, auch dann Anwendung finden, wenn der gute Glaube des Erwerbers die Befugnis des Veräußerers über die Sache für den Eigentümer zu verfügen, betrifft. Durch dieses „auch dann" — d. h. „selbst dann" — ist doch unzweifelhaft zum Ausdruck gebracht, daß der durch diese beiden Worte eingeleitete Satz etwas dem B. G.-B. Unbekanntes hat schaffen und eine Erweiterung gegenüber dem bürgerlichen Rechte hat treffen sollen. Endlich zeigt uns auch § 1244 B. G.-B., daß das Gesetz den irrigen Glauben an die Veräußerungsbefugnis nur da schützen will, wo es dieses besonders bestimmt; jedenfalls wäre es nicht richtig, diese beim Pfandrecht gegebene Bestimmung analog auf das Eigentum auszudehnen.

Die Regel, daß der gute Glaube nur den Mangel des Eigentumes auf Seiten des Veräußerers zu heilen vermag, ist jedoch nicht strikte durchgeführt,[9]) es finden sich vielmehr mehrfach Ausnahmen, zu denen namentlich die Fälle gehören, in denen das Gesetz bestimmt: „Die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, finden entsprechende

[1]) Seite 79. — [2]) Seite 136 ff.; s. Windscheid, Seite 793. — [3]) Biermann, Seite 142g. — [4]) Staub, Seite 1174 Anm. 17. — [5]) Lehmann-Ring II, Seite 76. — [6]) Düringer-Hachenburg, Seite 477; Cosack Handelsrecht, Seite 151. — [7]) Lehmann-Ring II, Seite 78 Nr. 8; Düringer-Hachenburg, Seite 477. — [8]) Lehmann-Ring, Seite 76. — [9]) Lehmann, Seite 169 ff.; Lessing, Seite 608/9; Buhl, Seite 65.

Anwendung." (S. §§ 135, 136; §§ 161, 163; § 2113; § 2211 und auch C. P. O. § 325 Abs. 2.) Auch hier tritt also sofort Eigentumserwerb ein, obgleich ein Nichtberechtigter die Veräußerung vornahm und auf Seiten des Erwerbers ein Irrtum in Bezug auf das Verfügungsrecht des Veräußerers vorliegt. Ferner verschafft der gute Glaube sofort das Eigentum bei einer das Zubehör mitumfassenden Grundstücksveräußerung, wenn der Erwerber auf Grund der Veräußerung den Besitz von Zubehörstücken erlangt, die dem Veräußerer nicht gehören oder mit Rechten Dritter belastet sind. (§ 926.) Schließlich mag noch § 1244 erwähnt werden, der dem gutgläubigen Erwerber einer Sache, die als Pfand unter Zuziehung öffentlicher Organe verkauft ist, sofort die Stellung eines Eigentümers anweist, selbst wenn dem Veräußerer das Eigentum an dem Pfande nicht zusteht.

Doch nicht stets ist der gute Glaube geeignet, ohne weiteres den Eigentumsübergang zu vermitteln, und so wird in dieser Beziehung die Ersitzung auch nach B. G.-B. noch praktisch. Auf Sachen, die dem Besitzer wider oder ohne seinen Willen aus dem Besitze gekommen sind, erstreckt sich die Kraft des guten Glaubens nicht, wie aus § 935 Abs. 1 hervorgeht: „Der Erwerb des Eigentums auf Grund der §§ 932—934 tritt nicht ein, wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen war." Zu Gunsten der Sicherheit des Verkehres sind aber wieder von dieser Regel ausgenommen: Geld, Inhaberpapiere und Sachen, die im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert werden. (§ 935 Abs. 2.)

Stellen wir nun die auf Grund unserer Betrachtungen gewonnenen Fälle, in denen eine Ersitzung nach B. G.-B. noch erforderlich ist, noch einmal zusammen, so sind es folgende:[1] 1. bei Erwerb von Sachen, die der Veräußerer nicht durch ein Veräußerungsgeschäft erlangt hat, 2. bei Erwerb des Besitzes von veräußerten Sachen, falls infolge eines anderen Mangels als desjenigen des Eigentumes des Veräußerers Eigentum nicht übergegangen ist, sowie 3. bei Besitzerwerb an Sachen, die dem Eigentümer gegen oder ohne seinen Willen abhanden gekommen sind.

Wie das B. G.-B. auf allen Gebieten des Sachenrechtes stets eine scharfe Trennung zwischen Mobilien und Immobilien vornimmt, so hat es auch bei der Eigentumsersitzung diese Unterscheidung gewahrt. Ja, das B. G.-B. kennt vielmehr nur eine Ersitzung von Mobilien.[2] Es hat zwar auch bei Grundstücken eine Einrichtung geschaffen, die dieselben Wirkungen hervorruft, doch können wir dieselbe nicht eigentlich als Ersitzung bezeichnen, denn im Falle des § 900, bei der sog. Tabularersitzung, ist nicht der Besitz und der Zeitablauf das maßgebende Moment für den Eigentumsübergang, sondern der Umstand, daß derjenige, der durch den Zeitablauf von 30 Jahren Eigentümer wird, im Grundbuche eingetragen ist. Ohne eine solche Eintragung wird der Eigenbesitzer auch nicht Eigentümer. Aehnlich ist es im Falle des § 927. Nach diesem § 927 kann jemand, der 30 Jahre ein Grundstück im Eigenbesitz gehabt hat, das Aufgebotsverfahren zwecks Ausschließung des Eigentümers mit seinem Rechte beantragen. Erwirkt er das Ausschlußurteil, so kann er sich auf Grund desselben als Eigentümer in das Grundbuch eintragen lassen. Auch

[1]) Biermann, Seite 147/8; Engelmann, Seite 527; Planck III, Seite 192 Anm. zu § 937, 3a—b; Goldmann-Lilienthal, Seite 442; Scherer, Seite 128 Nr. 244; Staudinger, Seite 92 III; Buhl, Seite 66—67. — [2]) Goldmann-Lilienthal, Seite 442; s. Windscheid, Seite 471/2.

hier ist also das für den Eigentumserwerb wesentliche Moment die Eintragung; Eigenbesitz, Zeitablauf und Ausschlußurteil sind nur Voraussetzungen für die Eintragung. Aus diesen Gründen dürfen wir bei Immobilien von einer Ersitzung im eigentlichen Sinne nicht reden. Ueberdies kommen diese Vorschriften auch schon deswegen nicht in Betracht, weil in beiden Fällen eine bona fides nicht erforderlich ist.[1])

Die Ersitzung an Mobilien erfordert nach B. G.-B. § 937 Abs. 1 nur Zeitablauf und Eigenbesitz. Ein titulus wird nicht verlangt, und kommt daher auch die bona fides, die wir bestimmt haben als den Glauben, daß man durch einen mangelfreien Titel erworben habe, für das B. G.-B. nicht in Betracht. Res inhabiles sind dem B. G.-B. unbekannt, ist es doch nach B. G.-B. gerade die Hauptaufgabe der Ersitzung, dort aushelfend einzugreifen, wo der Eigentumsübergang nicht sofort eintreten kann, weil der Sache das vitium furti anhaftet.[2]) Da nach B. G.-B. res habilis und titulus nicht notwendig sind, so ähnelt sie — abgesehen von der Abweichung in der Zeitdauer — der gemeinrechtlichen außerordentlichen Ersitzung. Der gute Glaube ist — wie im gemeinen Rechte — nur eine Voraussetzung für den Eintritt der Ersitzung. Im folgenden wollen wir nun untersuchen, was das B. G.-B. unter gutem Glauben versteht, und wie der gute Glaube bei der Eigentumsersitzung nach dem B. G.-B. beschaffen sein muß.

Der Begriff und das Wesen des guten Glaubens bei der Eigentumsersitzung im Bürgerlichen Gesetzbuche.

§ 17. Der Begriff und Inhalt des guten Glaubens.

Um die Frage beantworten zu können, was das B. G.-B. unter gutem Glauben versteht, sehen wir uns zunächst naturgemäß nach einer Bestimmung des Gesetzes um. Eine bestimmte Definition des Begriffes des guten Glaubens bei der Eigentumsersitzung finden wir nun im B. G.-B. nicht, vielmehr erklärt § 937 Abs. 2 nur: „Die Ersitzung ist ausgeschlossen, wenn der Erwerber bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes nicht im guten Glauben ist, oder wenn er später erfährt, daß ihm das Eigentum nicht zusteht.“ Das Gesetz sagt also hier nicht, was es unter gutem Glauben verstanden wissen will, sondern führt nur die Wirkung an, die das Vorhandensein des bösen Glaubens hat. Eine Art Legaldefinition des guten Glaubens finden wir jedoch an einer anderen Stelle, nämlich im § 932 Abs. 2: „Der Erwerber ist nicht im guten Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört.“ Diesen guten Glauben definieren die Motive[3]) als „die negative Tatsache der nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntnis des Erwerbers in Ansehung des Nichteigentumes des Veräußerers.“ Hiermit stimmt unsere für das römische und gemeine Recht gegebene Definition insofern überein, als auch wir die bona fides als einen negativen Begriff aufgefaßt hatten. Auf einen Vergleich der übrigen Punkte dieser Definition können wir jedoch erst im Laufe der weiteren Erörterung eingehen.

[1]) s. auch Planck, Seite 124 Nr. 2. — [2]) Goldmann-Lilienthal, Seite 443. — [3]) Bd. III, Seite 346; s. auch Düringer-Hachenburg, Seite 462 und Staudinger III, Anm. 2a zu § 937.

Diese Begriffsbestimmung des § 932 Abs. 2 ist für unseren Fall der Ersitzung jedoch zweifellos zu eng, und wir müssen daher eine Ausdehnung des Begriffes bei der Anwendung auf das Institut der Ersitzung vornehmen.[1] Im Falle des § 932 wird nämlich — wie wir oben gezeigt haben — der gute Glaube nur dann beachtet, wenn er auf der Annahme beruhte, der Veräußerer sei Eigentümer der Sache. Hat dieser gute Glauben andere Grundlagen, z. B. Veräußerungsbefugnis des Auktors, so bleibt er ohne Wirkung, und es muß dann die Ersitzung Platz greifen. Aufgabe der Ersitzung ist es aber doch, **alle** Mängel zu beseitigen, die dem sofortigen Eigentumserwerb hindernd in den Weg traten, und müssen wir daher auch den Begriff des guten Glaubens, wie ihn § 932 Abs. 2 aufstellt, notwendigerweise erweitern. Zu einer solchen Ausdehnung berechtigt uns aber auch der Sinn des § 937 Abs. 2 selbst. Setzen wir nämlich einmal unsere Definition des guten Glaubens aus § 932 Abs. 2 ein, so sagt der § 937 Abs. 2: „Die Ersitzung ist ausgeschlossen, wenn dem Erwerber bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört, oder wenn er später erfährt, daß ihm das Eigentum nicht zusteht." Wollen wir streng nach dem Wortlaute gehen, so ist also der Erwerber nur dann in gutem Glauben, wenn er sich in nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhender Unkenntnis darüber befindet, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört. Daß dieses jedoch nicht der Sinn des § 937 sein kann, werden wir an zwei Beispielen klar zu machen versuchen, die zeigen werden, zu einem wie sonderbaren Ergebnis wir unter Zugrundelegung dieser Definition gelangen würden.

Es schließt jemand mit einem Geisteskranken — dessen krankhaften Zustand er kennt — einen Kaufvertrag ab,[2] und der Geisteskranke übergibt diesem auch die Sache. Keinesfalls würde der Erwerber, selbst wenn er gutgläubig wäre, sofort Eigentümer, da § 932 nicht Anwendung findet, weil hier ein Mangel in der Dispositionsfähigkeit (§ 104 2 und § 105 Abs. 1 B. G.-B.) vorliegt, und es müßte daher in diesem Falle stets die Ersitzung eingreifen. Im schlechten Glauben ist der Käufer nun nach dem Wortlaute des § 937 beim Besitzerwerbe nur dann, wenn er weiß, die Sache gehört nicht dem Veräußerer. Dies liegt in unserem Falle nicht vor, denn dem Geisteskranken gehört die Sache, und der Käufer weiß dieses. Sollte nun der Käufer für den Beginn der Ersitzung sich in gutem Glauben befinden, weil die Sache dem Veräußerer gehört und in dieser Beziehung also eine mala fides nicht vorliegen kann? Ich glaube, daß wir diese Frage mit Recht verneinen müssen. Zwar ist die Frage in unserem Beispiele insofern praktisch wenig von Bedeutung, als hier sicherlich dann der letzte Bedingungssatz des § 937 Abs. 2 zur Anwendung kommen müßte, und der Erwerber, selbst wenn er anfangs nach dem Gesetze im guten Glauben war, doch sofort im bösen Glauben sich befinden würde, da er dann weiß, daß ihm das Eigentum nicht zusteht, weil ein Kauf, mit einem Geschäftsunfähigen abgeschlossen, juristisch überhaupt kein Kauf ist, da die Willenserklärungen eines Geschäftsunfähigen nichtig, ihre Handlungen also rechtlich völlig irrelevant sind, und somit Eigentum auf den Käufer nicht übergegangen ist. Doch ist eine Regelung und Entscheidung dieser Frage immerhin

[1]) s. Windscheid, Seite 831; Dernburg Sachenrecht, § 97 Ziffer 4 Seite 273; Biermann, Seite 149 d; Planck Bd. III, Seite 193; Goldmann-Lilienthal, Seite 444 Anm. 4. — [2]) s. hierzu Dernburg Sachenrecht, § 97,4 Seite 273.

insofern von Bedeutung als die spätere bona fides an weniger strenge Voraussetzungen geknüpft ist.

Den Gegensatz zu dem soeben ausgeführten Beispiele würde folgendes bilden:[1]) Es kauft jemand eine Sache von einer Person, die — wie er weiß — nicht Eigentümer der Sache ist, von der er jedoch ohne grobe Fahrlässigkeit glaubte, sie wäre zur Verfügung über die Sache von seiten des wahren Eigentümers beauftragt worden. Auch hier erlangt der Erwerber nicht sofort Eigentum, denn der Mangel bezieht sich auf die Dispositionsbefugnis und fällt also nicht unter den Schutz des § 932, es müßte demnach auch in diesem Falle der Mangel durch die Ersitzung gehoben werden. Sollten wir nun aber dem Erwerber den für die Ersitzung erforderlichen guten Glauben am Anfange der Ersitzung deswegen absprechen, weil er gewußt hat, der Veräußerer sei nicht Eigentümer? Ich glaube, auch die Bejahung dieser Frage stände nicht im Einklange mit dem Sinne des § 937, da es doch gerade Aufgabe der Ersitzung ist, in einem solchen Falle, wie wir ihn soeben vorgetragen haben, ergänzend einzugreifen.

Diese beiden Beispiele zeigen zur Genüge, daß der § 932 Abs. II bei Anwendung auf § 937 einer Erweiterung bedarf. Eine solche Erweiterung können wir meines Erachtens schon unmittelbar aus § 937 Abs. II entnehmen. Es ist doch offenbar nicht anzunehmen, daß — abgesehen von dem verschiedenen Grade des guten Glaubens — in dem zweiten Bedingungssatze ein anderes Erfordernis für den Inhalt des guten Glaubens aufgestellt werden sollte, da dieses einer inneren Begründung entbehren würde, vielmehr sollte doch wohl in beiden inhaltlich dasselbe gesagt und nur eine Abschwächung des Grades der bona fides vorgenommen werden. Demnach sind wir berechtigt, den Satz: „daß ihm das Eigentum nicht zusteht", mit in den ersten Bedingungssatz hineinzunehmen, ohne daß wir dadurch dem Wortlaute oder dem Sinne des § 937 II irgendwelche Gewalt antun würden, und kämen wir alsdann zu folgendem Ergebnisse, das den Anforderungen des guten Glaubens bei der Ersitzung schon eher entsprechen würde: Die Ersitzung ist ausgeschlossen, wenn dem Erwerber bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört, oder daß ihm, dem Erwerber, das Eigentum nicht zusteht,[2]) da er dasselbe — so können wir erläuternd hinzufügen — eben infolge irgend eines anderen Mangels als den des Nichteigentumes des Veräußerers noch nicht erworben hat.

Zu ungefähr demselben Ergebnis kommt Lessing,[3]) der dem Erwerber dann den guten Glauben aberkennen will, wenn derselbe weiß oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht weiß, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört, oder „wenn er die Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit des Veräußerungsgeschäftes, durch das er die Sache erlangte, kannte oder kennen mußte." (§ 142 II B. G.-B.)

Daß der Erwerber gerade glaubt, Eigentümer geworden zu sein, ist — wie nach römischem und gemeinem Rechte, so auch nach B. G.-B. — nicht erforderlich, sondern es ist ausreichend die Ueberzeugung, daß man den Besitz rechtmäßig erworben habe.[4])

Der gute Glaube ist auch nach B. G.-B. — in Uebereinstimmung mit dem römischen und gemeinen Rechte — natürlich nur insoweit erforderlich, als tatsächlich Mängel bestehen. Deswegen kann bei einem vollständig korrekten

[1]) s. hierzu Biermann Seite 149. — [2]) s. auch Endemann, § 82 Seite 325 Note 19. — [3]) Seite 610—611. — [4]) s. Kuhlenbeck II, Seite 528.

Eigentumserwerbsakte selbst ein irriger böser Glaube, wegen irgend eines Mangels nicht Eigentum erworben zu haben, dem Erwerbe keinen Abbruch tun, und somit ist auch für das B. G.-B. noch maßgebend der Satz: plus est in re, quam in existimatione mentis.

Während wir für das römische und gemeine Recht angenommen hatten, daß zur bona fides lediglich ein subjektives nescire oder putare genügt, und die Quellen eine Begründetheit dieses Glaubens nicht verlangen, ist für das B. G.-B. das Ergebnis ein anderes. Nach dem B. G.-B. darf der gute Glaube zur Zeit der Besitzergreifung nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhen. Die Motive[1]) begründen dieses Erfordernis damit, „daß in dem Augenblicke des Besitzerwerbes ein geringer Grad von Aufmerksamkeit, welcher sich aufdrängende Verdachtsmomente nicht unbeachtet läßt, zur Anwendung der begünstigenden Rechtsnorm zu verlangen ist." Was wir unter grober Fahrlässigkeit zu verstehen haben, werden wir an einer anderen Stelle auseinandersetzen.

Im engsten Zusammenhange hiermit steht die Frage, ob Zweifel den guten Glauben auszuschließen imstande sind. Auch hier können wir, wie beim römischen und gemeinen Rechte, sagen, nicht jeder auftauchende Zweifel wird den guten Glauben vernichten. Kommt dem Ersitzenden vor oder beim Besitzergreifungsakt ein Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Eigentumes seines Veräußerers oder der Verfügungsbefugnis seines Auktors, so wird ein solcher Zweifel ihn in der Regel veranlassen, nähere Nachforschungen anzustellen, doch wird er hierauf nicht besonders große Mühe zu verwenden brauchen, es ist eben nur „ein geringer Grad von Aufmerksamkeit" erforderlich. Auch nach B. G.-B. wird es ebenfalls in derselben Weise wie im römischen und gemeinen Rechte auf die Stärke der auftauchenden Zweifel ankommen. War derselbe so stark, daß ein Nichtbeachten des Zweifels dem Ersitzenden den Vorwurf grober Fahrlässigkeit nicht ersparen würde, so ist der gute Glaube ausgeschlossen. Für das B. G.-B. wird sich, ebenso wie für das römische und gemeine Recht, noch sagen lassen, daß in Wirklichkeit der gute Glaube lediglich in einem Nichtwissen bestehen wird, wie wir es ja auch bereits betont hatten. Das B. G.-B. verlangt ebenfalls nicht, daß bei jedem Erwerbsakte eingehende Untersuchungen angestellt werden sollen, ob der Veräußerer nun auch wirklich ein Recht zur Uebertragung der Sache habe. Erst dann soll der Erwerber Untersuchungen vornehmen, wenn besondere Umstände ihn dazu veranlassen,[2]) und selbst dann wird nach dem B. G.-B. noch das geringste Maß von Sorgfalt vorgeschrieben, falls er sich nur nicht grober Fahrlässigkeit schuldig macht, kann er gleichwohl noch ersitzen, während allerdings das römische und gemeine Recht — wie wir oben nachzuweisen versucht haben — die Vorteile der Ersitzung selbst bei grober Fahrlässigkeit eintreten und ausschließlich das subjektive Wissen oder Nichtwissen entscheidend sein ließen.

Die Frage, gegen wen der gute Glaube zu wahren ist, wäre nach dem B. G.-B. in derselben Weise zu beantworten wie nach römischem und gemeinem Rechte. Auch nach B. G.-B. ist es der wahre Eigentümer der Sache, der durch die Ersitzung geschädigt wird. Es bedeutet die Ersitzung einen Eingriff in sein bestehendes Eigentum,[3]) der seine Rechtfertigung lediglich in der Rücksicht auf das Verkehrsinteresse findet und aus Zweckmäßigkeitsgründen zum Schutze des guten Glaubens geschaffen ist. Daher darf derjenige, der sich dieses

[1]) Motive III, Seite 352. — [2]) so auch Dühringer-Hachenburg, Seite 463. — [3]) s. auch Protokolle, Seite 208 und 230.

Schutzes erfreuen will, nicht das Recht des Eigentümers dadurch verletzen, daß er wissentlich oder grobfahrlässig eine Sache erwirbt, die dem Veräußerer nicht gehört. Somit ist aus denselben Gründen wie im römischen und gemeinen Rechte auch nach dem B. G.-B. dem wahren Eigentümer der Sache gegenüber der gute Glaube zu beobachten.

Wollen wir nun eine Begriffsbestimmung des guten Glaubens nach dem B. G.-B. geben, so werden wir sie auf Grund dieser Erörterungen folgendermaßen formulieren müssen: Der gute Glaube bei der Eigentumsersitzung ist die nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört, oder daß ihm, dem Erwerber, das Eigentum nicht zusteht wegen irgend eines anderen Mangels. Sie ist zu wahren gegenüber dem Eigentümer der Sache, dessen Recht der Erwerber nicht wissentlich oder grobfahrlässig verletzen darf. Zweifel schließen nicht stets den guten Glauben aus, sondern erst dann, wenn ihre Nichtberücksichtigung dem Erwerber den Vorwurf grober Fahrlässigkeit zuziehen würde.

Vergleichen wir diese Definition mit dem römischen und dem gemeinrechtlichen Begriffe der bona fides, so finden wir, daß das B. G.-B. nur insofern eine Aenderung getroffen hat, als es das Moment der groben Fahrlässigkeit als Ausschließungsgrund für die bona fides, die für den Beginn der Ersitzung erfordert wird, aufgenommen hat, das nach der von uns vertretenen Ansicht dem römischen und gemeinen Rechte fremd gewesen ist.

§ 18. Wann und wie lange muß dieser guter Glaube vorhanden sein?

Nachdem wir in dieser Weise den Begriff des guten Glaubens nach B. G.-B. bestimmt haben, wollen wir uns jetzt, entsprechend der Behandlung des römischen Rechtes, der Frage zuwenden, in welchem Augenblicke und wie lange der gute Glaube nach dem B. G.-B. vorhanden sein muß.

Die Frage, wann die bona fides vorhanden sein müsse, beantwortet das B. G.-B. in derselben Weise wie das römische und gemeine Recht, indem es hierfür den Augenblick des Besitzerwerbes maßgebend sein läßt.[1] Dieses Erfordernis hat das B. G.-B. als ausnahmsloses Prinzip aufgestellt,[2] sodaß hierdurch jene römische und gemeinrechtliche Sonderbestimmung beseitigt ist, die erforderte, daß die bona fides, falls dem Usukapionsbesitzerwerbe ein Kaufvertrag zu Grunde lag, zur Zeit des Abschlusses des Vertrages und der Uebergabe vorhanden sein müsse. Als Zeitpunkt dieses Besitzerwerbes ist nun der Moment des mit der Uebergabe der Sache erfolgten Abschlusses des dinglichen Vertrages anzusehen. Falls ein obligatorischer Vertrag daher diesem dinglichen Vertrage vorausgeht, so ist dessen Abschluß für die Beurteilung des Vorhandenseins der bona fides bedeutungslos. Selbst wenn bei dem Abschlusse dieses vorausgehenden obligatorischen Vertrages der Kontrahent sich in mala fide befindet, kann er, vorausgesetzt, daß er bei dem nachfolgenden dinglichen Vertrage im guten Glauben ist, trotzdem usukapieren.

Während nach dem römischen Rechte ursprünglich die bona fides nur am Anfange vorhanden zu sein brauchte, und ihr späterer Wegfall nicht schadete, erforderte das kanonische Recht eine bona fides continua in der Weise, daß der Ersitzende zu keiner Zeit die conscientia rei alienae haben durfte. Mit

[1] so auch Goldmann-Lilienthal, Seite 444; Dühringer-Hachenburg, Seite 464. — [2] s. auch Meischeider, Seite 93.

Recht hat das B. G.-B. den römischen Standpunkt verworfen und ist den Grundsätzen des kanonischen Rechtes, die auch gemeines Recht waren, gefolgt. Während nun nach dem B. G.-B. die zur Zeit der Besitzergreifung erforderliche bona fides bereits durch grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen wird, verlangt es, in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte, zur Wiederaufhebung des einmal begründeten guten Glaubens, daß der Erwerber positiv weiß, das Eigentum stehe ihm nicht zu. Demnach ist auch jetzt eine conscientia rei alienae erforderlich, „denn demjenigen -- so begründen die Motive[1]) die ratio legis dieses Satzes — der einmal gutgläubig besitzt, dürfe man nicht aufbürden, Aufmerksamkeit darauf zu verwenden, ob die Sache einem anderen gehört." In derselben Weise äußern sich auch die Protokolle:[2]) „Von dem Erwerber einer Sache könne man verlangen, daß derselbe beim Erwerbe eine gewisse Vorsicht beachte. Dagegen erscheine es nicht gerechtfertigt, ihm nachher noch für die ganze Dauer der Ersitzungszeit die Verpflichtung aufzuerlegen, etwaigen Umständen nachzuforschen, welche die Ersitzung hindern könnten. Eine solche während der ganzen Ersitzungszeit dauernde Diligenzpflicht des Erwerbers entspreche nicht den Anschauungen des Lebens und würde zu den größten Belästigungen führen."

Das Resultat unserer Betrachtungen wäre demnach: Der gute Glaube muß während der ganzen Dauer der Ersitzung vorhanden sein. Während der gute Glaube zur Zeit der Besitzergreifung nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhen darf, ist später positives Wissen erforderlich, daß ihm das Recht nicht zustehe, um den guten Glauben zu vernichten. In diesen Vorschriften liegt insofern eine Abweichung, als wir für das römische und gemeine Recht — wie bereits mehrfach hervorgehoben — auch beim Vorliegen einer groben Fahrlässigkeit zur Zeit der Besitzergreifung bona fides angenommen hatten. Hinsichtlich der mala fides superveniens herrscht jedoch Uebereinstimmung zwischen dem B. G.-B. und dem gemeinen Rechte.

§ 19. Beschaffenheit des guten Glaubens beim Wechsel des Eigenbesitzes durch Rechtsnachfolge.

Einer eingehenden Prüfung bedarf die Frage, wie der gute Glaube beschaffen sein muß, falls die Sache durch Rechtsnachfolge in den Eigenbesitz eines Dritten kommt, haben wir diesen Fall doch auch für das römische und gemeine Recht besonders hervorgehoben.

„Gelangt die Sache durch Rechtsnachfolge in den Eigenbesitz eines Dritten, so kommt die während des Besitzes des Rechtsvorgängers verstrichene Ersitzungszeit dem Dritten zu statten", bestimmt § 943 B. G.-B.

Damit die Ersitzungszeit des Rechtsvorgängers angerechnet werden kann, ist natürlich erforderlich, daß dieser sich in conditione usucapiendi befunden hat, d. h. daß er den Eigenbesitz in nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhendem guten Glauben erworben und später nicht positive Kenntnis von dem Mangel des Erwerbes erhalten hat. Betrachten wir zunächst den Fall der Rechtsnachfolge unter Lebenden, der sog. Singularsuccession.

Hier ist selbstverständlich, daß der Rechtsnachfolger bei Ergreifung des Besitzes sich in nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhendem guten Glauben befinden muß, um die Vorteile der Usukapion für sich in Anspruch nehmen zu können. Das bloße Nichtwissen, daß die Sache eine fremde ist, also der Tat-

[1]) Motive, Seite 355. — [2]) Seite 233.

bestand der mala fides superveniens, genügt nicht, weil der Besitz dieser beiden Personen nicht als Einheit angesehen werden kann.[1]) Es sind vielmehr zwei Momente scharf zu trennen. Der Besitzergreifungsakt durch den Rechtsvorgänger und ferner der erneute Besitzergreifungsakt durch den Rechtsnachfolger, denn ohne diese Besitzergreifung geht der Besitz nicht auf den Singularsuccessor über. Das Gesetz verlangt nun, daß der Erwerber im Augenblicke des Erwerbes des Besitzes sich in nicht durch grobe Fahrlässigkeit hervorgerufenem guten Glauben befindet, und muß daher der Singularsuccessor bei seiner Besitzergreifung auch diese Voraussetzung erfüllen, wenn er den Ersitzungsbesitz erlangen will. War der Rechtsvorgänger in mala fide, der Singularsuccessor beim Erwerbe jedoch gutgläubig, so beginnt der Singularsuccessor die Ersitzung. Diese Grundsätze stimmen demnach mit denen des römischen und gemeinen Rechtes überein, abgesehen wiederum von dem Erfordernisse der Abwesenheit der groben Fahrlässigkeit im B. G.-B.

Ganz anders wie bei der Singularsuccession fällt die Beantwortung der oben aufgeworfenen Frage jedoch aus, wenn es sich um eine Universalsuccession handelt. Biermann[2]) verwirft allerdings diese Unterscheidung zwischen Singular- und Universalsuccession in Anwendung auf § 943, jedoch mit Unrecht, wie die folgenden Erörterungen zeigen werden.

Zuvor möge der Fall erwähnt werden, daß der Erblasser eine Sache nicht ersitzen kann, weil er in mala fide war. In diesem Falle beginnt der Erbe — abweichend vom römischen und gemeinen Rechte — die Ersitzung dieser Sache mit der Besitzergreifung, wenn er sich ohne grobe Fahrlässigkeit in dem guten Glauben befand, der Erblasser wäre Eigentümer der Sache gewesen. Dies sprechen auch die Motive[3]) aus: „Da nur derjenige, welcher die Kenntnis erlangt hat, an dem Beginne einer neuen Ersitzung gehindert wird, so bildet die eingetretene mala fides des Erblassers kein Hindernis für den in den Besitz der Sache gelangenden Erben, wie solches im gemeinen Rechte nach lex 11 D de div. temp. praesc. 44,3 angenommen wird."

Wie steht es nun mit der Beschaffenheit des guten Glaubens, wenn der Erbe die Usukapion des Erblassers fortsetzen kann, da dieser sich in conditione usucapiendi befand? Ist der nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhende gute Glaube erforderlich, oder kommt hier nur der böse Glauben des Erben als mala fides superveniens in Betracht? Ich glaube, daß wir das letztere aus folgenden Gründen annehmen müssen: Nach dem B. G.-B. erlangt der Erbe den Besitz, ohne daß es einer Besitzergreifung von seiner Seite bedarf, denn „der Besitz geht auf den Erben über" (§ 857), und zwar geht der Besitz so über, wie ihn der Erblasser zur Zeit des Erbfalles innehatte.[4]) Der Besitzerwerb vollzieht sich durch den Erben nun im Augenblicke des Todes des Erblassers (§ 1922),[5]) und der Erbe hat den Besitz schon mit dem Erbfalle ohne sein Wissen erhalten. In der Regel wird sich daher der Erbe dieses Momentes des Besitzerwerbes gar nicht bewußt werden,[6]) er wird sich also in gar keinem Glauben hinsichtlich der Sache befinden, weiß er doch garnicht, wann er den Besitz erworben hat, und ist infolgedessen die Annahme eines auf grober Fahrlässigkeit beruhenden guten Glaubens unmöglich. Dieser Besitzerwerb muß von

[1]) s. Windscheid-Kipp, Seite 832. — [2]) Seite 153; ebenso auch Buhl, Seite 68. — [3]) Motive zu § 886 Seite 355. — [4]) s. Denkschrift, Seite 162; Strohal, Seite 100 III; Dernburg Sachenrecht, Seite 65 Note 8; Endemann, Seite 144. — [5]) s. Lehmann, Seite 71; Buhl, Seite 69. — [6]) Windscheid-Kipp, Seite 833.

der tatsächlichen Besitzergreifung scharf unterschieden werden, und finden wir diese Trennung auch im B. G.-B. vorgenommen (s. §§ 2025 Satz 2, 2027 Abs. II). Ergreift der Erbe später tatsächlich den Besitz an der Sache, so ist es kein Erwerb des Besitzes, sondern nur eine Ausübung und Betätigung seiner ihm durch das Erbrecht eingeräumten Stellung. Da nun § 937 Absatz II nur bei dem Erwerb des Eigenbesitzes einen nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhenden guten Glauben erfordert, wir aber bei dem Erben aus den angeführten Gründen niemals einen solchen annehmen können, so müssen wir daraus schließen, daß der Erbe, da er den Besitz des Erblassers fortsetzt, erst dann in mala fide sich befindet, wenn er erfährt, daß ihm das Eigentum nicht zusteht.[1]) Somit kämen wir dann hinsichtlich der Fortsetzung des Ersitzungsbesitzes durch den Erben, falls der Erblasser sich in conditioni usucapiendi befand, zu demselben Ergebnis wie im gemeinen Rechte, da nach beiden der Erbe erst dann von der Ersitzung ausgeschlossen wird, wenn er die conscientia rei alienae hat. Aus diesen Ausführungen ergibt sich die Unrichtigkeit der Auffassung Buhls, nach der auch für den Erben eine neue Ersitzung beginnt und der Erbe nicht lediglich in die Ersitzung des Erblassers eintritt, derselbe daher nur dann ersitzen kann, wenn er hinsichtlich seines guten Glaubens den Anforderungen des § 937 Abs. I entspricht.[2])

Kipp[3]) ist der Ansicht, daß der gute Glaube des Erben, falls der Erbe die Sache vor Ablauf der Ersitzungsfrist in der Erbschaft entdeckt, durch ein grobfahrlässiges Nichtwissen, daß die Sache eine fremde sei, ausgeschlossen wird. Diese seine Ansicht begründet er damit, „daß der dem § 937 Abs. II zu Grunde liegende Gedanke der sei, daß der Besitzer bei der ersten Prüfung der Sache ein gewisses Maß von Sorgfalt anzuwenden habe, nachher zu einer solchen Sorgfalt aber nicht mehr verpflichtet sei. Wenn die erste Prüfung im allgemeinen ihren Platz bei dem Besitzerwerbe hat, so wäre es wohl gerechtfertigt, bei dem Besitzerwerb durch Erbfolge dafür den Zeitpunkt an die Stelle zu setzen, in welchem der Erbe von dem Besitzerwerbe Kenntnis erlangt; denn vorher könne diese erste Prüfung nicht eintreten."

Mit einer solchen Ausdehnung können wir uns jedoch deswegen nicht einverstanden erklären, weil § 937 Abs. II eine solche nicht zuläßt. § 937 verlangt diese gesteigerte bona fides nur bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes, und nur in diesem Augenblicke. Daß für den Erben dieser Moment nicht in Betracht kommt, haben wir oben bewiesen. Nun ist andererseits dies Erfordernis im § 937 so klar und ohne Einschränkung aufgestellt und ausgesprochen, daß wir eine solche extensive Interpretation nicht vornehmen dürfen, sondern es als ausnahmsloses Prinzip hinnehmen müssen.

Anders wäre die Lage allerdings dann, wenn der Erbe den Besitz der Sache verliert dadurch, daß ein Erbschaftsbesitzer sich der zu ersitzenden Sache bemächtigt hat. Erbschaftsbesitzer ist jeder, der auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechtes etwas aus der Erbschaft erlangt hat (§ 2018). In diesem Falle gibt das Gesetz die positive Bestimmung, daß die Ersitzungszeit, die zu Gunsten eines Erbschaftsbesitzers verstrichen ist, dem Erben zu statten kommen soll (§ 944). Hierin liegt eine Sonderheit insofern, als eine accessio temporis zugelassen ist, obwohl eine Rechtsnachfolge nicht vorhanden ist. Voraussetzung ist nun, daß der Erbschaftsbesitzer sich hinsichtlich der Ersitzung in

[1]) so auch Goldmann-Lilienthal, Seite 448 IV 1a. — [2]) Buhl, Seite 68. — [3]) Seite 833.

bona fide befindet. In mala fide ist er jedoch nur dann, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß dem Erblasser das Eigentum nicht zusteht; nicht aber ist erforderlich, daß er sich in Bezug auf seine Erbenqualität in gutem Glauben befindet. Ob er weiß, daß er im vorliegenden Falle nicht Erbe ist, und ihm also deswegen das Eigentum an der Erbschaft nicht zusteht, ist für den guten Glauben hinsichtlich der Ersitzung ohne Bedeutung.[1] Da diese Ansicht jedoch bestritten ist — indem einige Schriftsteller[2] den Standpunkt vertreten, der Erbschaftsbesitzer befinde sich nur dann im Ersitzungsbesitze, wenn er sowohl in Bezug auf seine Erbenqualität als auch in Bezug auf die Zugehörigkeit der Sache zur Erbschaft gutgläubig ist — so müssen wir sie kurz zu begründen versuchen. Der Begriff „Erbschaftsbesitzer" gibt uns keinen Anhaltspunkt, da Erbschaftsbesitzer jeder ist, der ohne rechtlichen Grund Erbschaftssachen im Besitz hat, mag er gutgläubig oder bösgläubig sein, und sind wir daher einen Schluß aus der ratio legis dieser Bestimmung zu ziehen genötigt.[3] Da diese Vorschrift zu Gunsten der Ersitzung getroffen ist, so kommt es doch auf die Stellung des Besitzers zu dem Erben nicht an, sondern von Bedeutung ist allein. ob der Erbschaftsbesitzer wissentlich ein Unrecht gegen den wahren Eigentümer der Sache begeht. Dieses tut er aber nicht, denn er weiß garnicht, daß die Sache nicht dem Erblasser gehört, sondern er nimmt sogar an, der Erblasser sei Eigentümer.[4] Somit ist er in dieser Hinsicht in bona fide, kann also ersitzen, mag er auch ein schlechtgläubiger Erbschaftsbesitzer sein. Diese unsere Ansicht findet ihre Bestätigung durch die Protokolle:[5] „In Bezug auf die Frage, ob ein Unterschied zu machen sei, je nachdem sich der Erbschaftsbesitzer in gutem oder bösem Glauben befunden habe, entschied sich die Kommission dafür keinen Unterschied zu machen."

„Der Antrag 1 will die Ersitzung dann eintreten lassen, wenn der Erbschaftsbesitzer, gleichviel ob er in Betreff seiner Eigenschaft als Erbe sich in gutem oder bösem Glauben befunden hat, in Betreff der Zugehörigkeit der einzelnen Sache zur Erbschaft in gutem Glauben gewesen ist . . . Die Kommission entschied sich in Betreff des bösen und des guten Glaubens in Bezug auf die einzelnen Sachen für den Antrag 1."

Welche Erfordernisse sind nun jetzt an den guten Glauben des Erben zu stellen? In diesem Falle hat der Erbe nach Eintritt des Erbfalles den Besitz durch die Aneignung des Erbschaftsbesitzers verloren. Zur Wiedererlangung des Besitzes bedarf es nunmehr eines erneuten Erwerbes des Eigenbesitzes — hat doch § 944 lediglich Bedeutung für die Berechnung der Ersitzungszeit — und ist daher in diesem Falle der gute Glaube dann nicht als vorhanden anzusehen, wenn dem Erben beim Erwerbe bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Erblasser gehörte.[6]

Fassen wir das Gesagte nun noch einmal kurz zusammen, so ist das Ergebnis unserer Betrachtungen folgendes: Der Singularsuccessor kann in Uebereinstimmung mit dem römischen und gemeinen Rechte sich die Zeit seines Rechtsvorgängers anrechnen lassen, und beginnt, falls dieser in mala fide war, die Ersitzung. Der Universalsuccessor setzt nach römischem und gemeinem Rechte,

[1]) so auch Endemann, § 82 Anm. 16 Seite 325; Dernburg, § 106 Anm. 12; Cosack, § 209 Ziffer 5 Seite 146; Kuhlenbeck, Seite 677; Kober, Seite 95 Anm. zu § 944; Buhl, Seite 70. — [2]) Biermann, Seite 154 Anm. zu § 941; Matthiaß, Seite 64 IB,b; Planck, Seite 199; Goldmann-Lilienthal, Seite 449. — [3]) s. Windscheid-Kipp, Seite 833. — [4]) s. Cosack, Seite 146,5. — [5]) Protokolle, Seite 236/7. — [6]) so auch Buhl, Seite 70.

sowie nach dem B. G.-B. die Ersitzung seines Erblassers fort, erfordert wird nur nach gemeinem Rechte und nach dem B. G.-B., daß der Erbe nicht positiv weiß, die Sache sei eine fremde. War der Erblasser hinsichtlich der Sache in bösem Glauben, so beginnt der Erbe nach dem B. G.-B., falls die Voraussetzungen des § 937 vorliegen,[1]) die Ersitzung, während er nach römischem und gemeinem Rechte niemals eine Ersitzung beginnen konnte, mochte er sich noch so sehr in gutem Glauben befinden.

§ 20. Entscheidung der Frage, in wessen Person der gute Glaube beim Besitzerwerb durch Stellvertreter vorhanden sein muß.[2])

Wie im römischen und gemeinen Rechte, so müssen wir uns auch bei der Betrachtung der B. G.-B. die Frage vorlegen: Wer muß im Falle des Besitzerwerbes durch einen Stellvertreter in bona fide sein?

Besondere Bestimmungen über den Besitzerwerb durch Stellvertreter suchen wir im B. G.-B. vergeblich. Da der Besitzerwerb als solcher kein Rechtsgeschäft ist,[3]) so liegt beim Besitzerwerb durch eine Mittelsperson keine eigentliche Stellvertretung im Sinne der §§ 164 ff. B. G.-B. vor,[4]) und können wir daher diese Vorschriften nicht zur Anwendung bringen.[5]) Eine positive Vorschrift enthielt allerdings der Entwurf I, der in seinem § 801 folgendes bestimmte:[6]) „Auf den Besitzerwerb durch Vertreter finden die Vorschriften über den Erwerb aus einem von dem Vertreter vorgenommenen Rechtsgeschäfte entsprechende Anwendung."

Die Kommission für die 2. Lesung beschloß diesen § 801 zu streichen,[7]) weil er nach den Vorschriften über Vertretung im Willen bei Rechtsgeschäften – hier finden wir also den von Windscheid aufgestellten Begriff des „Vertreters im Willen", dem Windscheid den des „Vertreters in der Erklärung" (Boten) entgegensetzt — entbehrlich, und es nicht nötig sei, eine ausdrückliche Bestimmung zu treffen, „da auch ohne solche Bestimmung die Analogie nicht verkannt werden würde."

Wir sind daher der Ansicht, daß diese Vorschriften über Stellvertretung bei Rechtsgeschäften insbesondere bei der uns hier interessierenden Frage analog angewendet werden können,[8]) falls wir nach allgemeinen Grundsätzen zu einer Entscheidung nicht gelangen würden.

Nach dem B. G.-B. müssen wir unterscheiden, ob der Besitz durch einen sog. Besitzmittler oder ob er durch einen sog. Besitzdiener erworben wird.[9])

Nur durch einen Besitzdiener kann nach B. G.-B. unmittelbarer Besitz erworben werden.[10]) Das Gesetz kennt zwar diesen Ausdruck „Besitzdiener" nicht, er ist vielmehr ein durch die Wissenschaft eingeführter, es versteht darunter aber folgendes Rechtsverhältnis: „Uebt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder

[1]) so auch Buhl, Seite 68, 69. — [2]) s. hierzu besonders: Dernburg Sachenrecht, § 20 Seite 61—63; Matthiaß, § 3 Seite 12—13; Lehmann, § 21 Seite 69–70; Meischeider, Seite 94; Windscheid-Kipp, Seite 693; Endemann, § 39 Seite 161—163; Heinrichs, Seite 39–57; Scheu, Seite 1—36; Heller, Seite 1—30; Leonhard, Seite 111/2. — [3]) s. auch Motive III, Seite 88 und Heinrichs, Seite 43. — [4]) s. Cosack, § 186 Ziffer 6b Seite 70. — [5]) s. Endemann, § 39 Seite 161. — [6]) s. Reatz, Seite 409. — [7]) s. Protokolle, Seite 33. — [8]) s. Biermann, Seite 10/12; Motive, Seite 87–89; ebenso auch Heinrichs, Seite 43; Dühringer-Hachenburg, Seite 463; Staudinger III, Seite 86 Anm. 3f zu § 932; Staub, Seite 1173; anders Endemann, § 39 Note 2 Seite 161. — [9]) s. Engelmann, § 168 Seite 479. — [10]) Matthiaß, § 3C Seite 12; Lehmann, § 21 Seite 70; Heinrichs, Seite 39—40.

in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Anderen Folge zu leisten hat, so ist nur der Andere Besitzer" (§ 855). Hieraus geht hervor, daß die Rechtswirkungen, insbesondere die Rechtsvorteile, die die Wirkungen des Besitzes mit sich bringen, nur für den Geschäftsherrn, nicht für den Besitzdiener eintreten. Ein solcher Besitzdiener erhält also auch an den Sachen, die er für seinen Herrn erwirbt, trotz tatsächlicher Innehabung keinen Besitz.

Daß dieses Verhältnis nach außen hin beim Besitzerwerbe zu Tage treten muß, und daß man dem Kontrahenten gegenüber den Willen kund gibt, für den Geschäftsherrn zu erwerben, ist nicht notwendig.[1]) Erforderlich ist nur der Wille des Geschäftsherrn, daß der Besitzdiener in einem bestimmten Umfange die Herrschaft für ihn ausübe.[2]) Dann kommt es auf den Willen des Herrn, ob er im Einzelfalle den Besitz an einer bestimmten Sache erwerben will, nicht an;[3]) eines besonderen Auftrages bedarf es dann von seiten des Herrn nicht mehr.[4]) Somit wird der Geschäftsherr Besitzer, sobald der Besitzdiener die tatsächliche Gewalt über die Sache erlangt hat; ob der Geschäftsherr Kenntnis davon hat, ist nicht von Bedeutung.[5])

In wessen Person muß nun das Erfordernis der bona fides vorhanden sein, wenn irgendein Mangel im Erwerbsakte vorliegt, so daß die Ersitzung eingreifen muß, um dem Herrn das Eigentum zu verschaffen? Aus unseren Ausführungen über die Stellung des Besitzdieners zu dem Geschäftsherrn bei dem Besitzerwerbe geht hervor, daß der Besitzdiener sich doch wohl in gutem Glauben befinden muß. Denn der Herr erlangt den Eigenbesitz, selbst wenn er von dem Erwerbsakte des Besitzdieners nichts weiß, und wird und kann der Herr sich also regelmäßig in dem Augenblicke des Erwerbes in gar keinem Glauben hinsichtlich der Sache befinden, daher kann seine Meinung nicht ausschlaggebend sein, sondern es wird genügen, wenn der Besitzdiener beim Erwerbe sich in einer nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntnis von der Mangelhaftigkeit des Erwerbes befand. Weiß der Herr allerdings, daß die Sache, die sein Dienstbote z. B. für ihn kaufen will, mit dem vitium furti behaftet ist, so könnte er natürlich eine Ersitzung nicht einmal beginnen, mag auch der Dienstbote beim Erwerbe noch so gutgläubig sein.

Gleichsam zur Bestätigung dieser von uns vertretenen Ansicht möchten wir uns auf die Analogie berufen und die analoge Bestimmung für die Stellvertretung bei Rechtsgeschäften anführen, nach welcher die Person des Vertreters, nicht die des Vertretenen in Betracht kommt, soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflußt werden (§ 166 Abs. I B. G.-B). Weiter bestimmt dann § 166 Abs. II: „Hat im Falle einer durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht (Vollmacht) der Vertreter nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers gehandelt, so kann sich dieser in Ansehung solcher Umstände, die er selbst kannte, nicht auf die Unkenntnis des Vertreters berufen." Zur analogen Anwendung dieses Satzes wären wir dann berechtigt, wenn der Besitzdiener auf Grund einer speziellen Vollmacht gehandelt hat, und würde in diesem Falle selbst eine grobe Fahrlässigkeit des Herrn dem Erwerbe schädlich

[1]) s. Dernburg Sachenrecht, Seite 61; Heinrichs, Seite 41; Biermann, Seite 12. — [2]) Endemann, § 39 Seite 112. — [3]) Dernburg, Seite 62; Endemann, Seite 162; Windscheid-Kipp, Seite 693. — [4]) Biermann, Seite 12; Engelmann, Seite 84. — [5]) s. Endemann, § 39 Note 4 Seite 162.

sein, wie aus Satz 2 des Abs. II § 166 zu schließen ist: „Dasselbe gilt von Umständen, die der Vollmachtgeber kennen mußte, sofern das Kennenmüssen der Kenntnis gleichsteht", wie es doch im § 937 Abs. II der Fall ist. In dem oben von uns behandelten Falle, in dem wir eine spezielle Vollmacht nicht angenommen haben, würde der § 166 Abs. II daher nicht analog zur Anwendung gebracht werden können, und müssen wir demnach in diesem Falle annehmen — wie wir es ja auch getan haben —, daß nur die positive Kenntnis des Herrn der Ersitzung hindernd in den Weg treten kann.

Somit könnten wir unsere Forderung hinsichtlich des Vorhandenseins des guten Glaubens beim Ersitzungsbesitzerwerbe durch einen Besitzdiener dahin bestimmen, daß der Besitzdiener beim Erwerbe sich in einem nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhenden guten Glauben befinden muß, während der Glaube des Geschäftsherrn im allgemeinen nur als mala fides superveniens in Betracht kommt. Eine mala fides des Geschäftsherrn beim Erwerbe durch den Besitzdiener ist jedoch der Ersitzung schädlich trotz der bona fides des Besitzdieners. Zu demselben Ergebnis waren wir im römischen und gemeinen Rechte gekommen, falls der Besitz ohne den Willen des Vertretenen erworben wird.

Ist der Vertreter nun nicht ein Besitzdiener, so erwirbt er stets den unmittelbaren Besitz für sich selbst und der Vertretene kann nur den mittelbaren Besitz erlangen.

Bei der freiwilligen Vertretung wird es natürlich in erster Linie auf das der Vertretung zu Grunde liegende Rechtsverhältnis ankommen. Erforderlich ist jedoch in jedem Falle, daß der Besitzmittler den Willen hat, die Sache als eine fremde zu erwerben,[1] und daß er sie auch tatsächlich als eine solche erwirbt. Dem Dritten gegenüber braucht auch hier der Vertreter jedoch diesen seinen Willen nicht zu offenbaren,[2] und es ist für den Besitzerwerb völlig unwesentlich, ob es dem Veräußerer bekannt war, daß für einen anderen ein mittelbarer Besitz erworben werden sollte. Auch in diesem Falle wird der Eigenbesitz für den Vertretenen sofort erworben, wenn der Vertreter den Erwerbsakt vollzogen hat, ohne daß es einer Kenntnis des Vertretenen bedarf.[3] Freilich müssen wir annehmen, daß zu dem Erwerbe eines solchen Besitzes der Wille desjenigen erforderlich ist, dem der mittelbare Besitz zukommen soll. Liegt demnach dem Besitzerwerb eine Geschäftsführung ohne Auftrag zu Grunde, so erwirbt der Geschäftsherr erst mit der Genehmigung den mittelbaren Besitz der Sache.[4] Aus diesen allgemeinen Vorschriften können wir nun folgern, daß mit dem Besitzerwerb für den Vertretenen die Ersitzung beginnt, auch wenn der Vertretene von der Besitzergreifung keine Kenntnis haben sollte,[5] da das Gesetz im § 937 nur den Erwerb des Eigenbesitzes verlangt und dieser bereits mit der Besitzergreifung durch den Vertreter vor sich gegangen ist. Daher muß das Erfordernis des guten Glaubens auch bei dem Vertreter vorhanden sein,[6] während bei dem Vertretenen der gute Glaube nur als mala fides superveniens vorkommt. Bei einer Mehrheit von Vertretern, die gemeinsam handeln, genügt der böse Glaube eines der Vertreter, um die Ersitzung auszuschließen. Doch müssen wir auch hier, wie beim Usukapionsbesitzerwerb durch einen Besitzdiener, annehmen, daß selbst der Beginn der Ersitzung dann nicht eintreten kann, wenn

[1] s. Engelmann, Seite 480. — [2] s. Endemann, Seite 163. — [3] Dernburg, Seite 63 III c. — [4] s. Endemann, Seite 163; Biermann, Seite 7. — [5] s. Meischeider, Seite 94. — [6] übereinstimmend: die auf Seite 59 in Anm. 8 aufgeführten Schriftsteller; anders jedoch Leonhard, Seite 111 § 40.

der Vertretene zur Zeit des Besitzerwerbes durch den Vertreter die conscientia rei alienae hatte.

Ein mit § 166 B. G.-B. angestellter Vergleich würde auch hier eine Uebereinstimmung mit den Vorschriften für die Stellvertretung bei Rechtsgeschäften ergeben.

Diese Bestimmungen enthalten eine Abweichung von dem römischen und dem gemeinen Rechte, die erst mit dem Augenblicke, mit welchem der Vertretene Kenntnis von der durch den Vertreter vorgenommenen Besitzergreifung erhält, die Ersitzung in Kraft treten lassen, und die infolgedessen auch den guten Glauben des Vertretenen für die Beurteilung des Vorhandenseins der bona fides maßgebend sein ließen, ohne daß sie die Gesinnung des Vertreters berücksichtigten.

Wird dagegen der Besitz durch negotiorum gestio erworben, so wird — wie wir bereits hervorgehoben haben — durch den Geschäftsherrn der mittelbare Besitz erst mit der Genehmigung erworben. Vor der Genehmigung ist also nur der negotiorum gestor Besitzer. Die Folge ist die, daß der Geschäftsherr sich im Augenblicke der Genehmigung, da ja durch diese für ihn erst der Besitz erworben wird, in einem nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhenden guten Glauben befinden muß.

Liegt endlich eine mittelbare oder indirekte Stellvertretung vor,[1]) wie wir sie im Handelsrecht z. B. bei dem Kommissionär finden, so wird dieser Stellvertreter mit dem Erwerbe zunächst Eigenbesitzer und ist infolgedessen auch sein guter Glaube allein entscheidend. Will der Geschäftsherr den Eigenbesitz erwerben, so bedarf es eines neuen Uebertragungsaktes, und muß der Geschäftsherr deswegen bei diesem Erwerbsakte sich in einem nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhenden guten Glauben befinden, kann sich allerdings nach § 943 B. G.-B. die Ersitzungszeit seines Stellvertreters anrechnen.

§ 21. Die Rechtsnatur und der Einfluß des dem guten Glauben zu Grunde liegenden Irrtumes.

Der dem guten Glauben zu Grunde liegende Irrtum läßt sich seiner Natur nach im B. G.-B. in derselben Weise bestimmen, wie nach römischem und gemeinem Rechte. Auch im B. G.-B. ist dieser Irrtum nicht als „Ausnahmemotiv" anzusehen, indem er eine Ausnahme herbeiführt von den Grundsätzen, die erklären, daß man, falls dem Erwerbsakte andere Mängel als die des Nichteigentumes des Veräußerers anhaften, Eigentum nicht erwerbe, sondern die Ersitzung ist vielmehr ebenfalls im B. G.-B. eine besonderen Grundsätzen unterstellte Eigentumserwerbsart. Sie tritt ein, wenn der Erwerber infolge irgend eines fehlerhaften Erwerbsaktes nicht sofort Eigentümer geworden ist, und erfordert Eigenbesitz und Zeitablauf (§ 937). Den guten Glauben hat das B. G.-B. nicht als wesentlichen Bestandteil der Ersitzung hervorgehoben; auch nach B. G.-B. ist er nur eine Voraussetzung für den Eintritt und den weiteren Verlauf der Ersitzung. Eine Ausnahme von dieser Regel, daß man nach zehnjährigem Eigenbesitze Eigentümer wird, greift nur dann Platz, wenn der Erwerber in mala fide ist (§ 937 Abs. II).[2]) Also läßt auch nach B. G.-B.

[1]) Endemann, Seite 162—163; Biermann Seite 11. — [2]) Anderer Ansicht ist allerdings Buhl, nach dem durch den guten Glauben eine ganz singuläre Vorschrift getroffen ist, aufgestellt nur zur Sicherung des redlichen Erwerbers, und nach dem so der gute Glaube gerade die wesentliche Voraussetzung eines ausnahmsweisen Rechtserwerbes, nicht der böse Glaube ein Ausschließungsgrund ist. (Buhl, Seite 63, sowie Seite 67 und 68).

der gute Glaube keine Ausnahme eintreten von den Vorschriften über den Nichterwerb des Eigentumes infolge mangelhaften Erwerbsaktes, sondern die mala fides führt eine Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen des Eigentumserwerbes durch Ersitzung herbei, und stimmen also in dieser Beziehung römisches und gemeines Recht, sowie B. G.-B. in jeder Hinsicht überein.

Die für das römische und gemeine Recht so bestrittenen Fragen, wie der dem guten Glauben zu Grunde liegende Irrtum beschaffen sein müsse, ob zur Begründung des guten Glaubens jeder Irrtum genüge, ob ein Rechtsirrtum zuzulassen sei, oder ob nur ein entschuldbarer faktischer Irrtum ausreiche, sind durch das B. G.-B. beseitigt worden, und es hat an ihre Stelle klare und einfache Vorschriften gesetzt, deren Erörterung uns nur kurze Zeit in Anspruch nehmen wird.

Gänzlich unbekannt ist dem B. G.-B. die Unterscheidung zwischen Rechtsirrtum und Irrtum in Tatsachen, es hat vielmehr jeden Unterschied zwischen diesen beiden Arten des Irrtumes aufgehoben und sie den gleichen Grundsätzen unterworfen. Sofern nun also der Irrtum, der dem guten Glauben zu Grunde liegt, nur nicht durch grobe Fahrlässigkeit hervorgerufen ist, ist jeder Irrtum, mag es sich um Rechtsirrtum oder um Irrtum in Tatsachen handeln, imstande, die bona fides zu rechtfertigen. Es würde sich nun noch erübrigen, den Begriff der groben Fahrlässigkeit näher zu bestimmen. Eine Legaldefinition für diese grobe Fahrlässigkeit gibt das B. G.-B. nicht. Es ist also lediglich eine Steigerung des Begriffes der Fahrlässigkeit,[1] d. h. ein besonders schweres Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt.[2] Daher müssen wir stets die Umstände des konkreten Falles betrachten,[3] um feststellen zu können, ob grobe Fahrlässigkeit vorliegt, und diese konkreten Umstände müssen wir nach einem objektiven Maßstabe beurteilen. Auch jetzt könnte daher in dieser Beziehung zur Beurteilung der culpa lata herangezogen werden die lex 223 pr. D 50,16: Latae culpae finis est non intellegere id quod omnes intellegunt. Sie würde bestehen in einer selbst die geringsten Anforderungen außerachtlassenden Sorglosigkeit; ja, sie würde sich wohl im konkreten Falle als eine Annäherung an den Vorsatz darstellen,[4] und von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet, könnten wir wohl eine Entscheidung treffen. Damit wollen wir diese Begriffe aber keineswegs gleichstellen.[5] Haben wir für das römische und gemeine Recht in diesem Falle eine Gleichstellung von dolus und culpa lata abgelehnt, so kann im B. G.-B. von einer solchen garnicht die Rede sein, und trennt das B. G.-B. diese Begriffe stets, wenn sie auch regelmäßig nebeneinander gestellt sind, und unterwirft sie verschiedenen Grundsätzen; kann doch z. B. die Haftung wegen grober Fahrlässigkeit im voraus erlassen werden, während ein pactum, ne dolus praestetur nichtig ist (§ 276 Abs. 2, s. allerdings § 278 Satz 2 B. G.-B.).

§ 22. Die Regelung der Beweislast.

Wie im römischen und gemeinen Rechte, so ist es auch nach B. G.-B. nicht zweifelhaft, wer im Falle des Bestreitens der Ersitzung den Beweis des Vorhandenseins des guten Glaubens zu erbringen hat.

---

[1]) s. Weyl I, Seite 341. — [2]) s. Planck I, Seite 37. — [3]) Oertmann, Seite 36; Düringer-Hachenburg, Seite 462. — [4]) s. Endemann I, Seite 489 Note 2. — [5]) s. Wendt, Seite 8.

Der gute Glaube ist — wie wir bereits im vorhergehenden § hervorzuheben Gelegenheit hatten — keineswegs wesentlicher Bestandteil der Ersitzung,[1] sondern der Mangel des guten Glaubens soll vielmehr nur den Eintritt der Ersitzung hindern.[2] Diesen Gedanken finden wir auch in den Motiven[3] ausgesprochen: „Der gute Glaube des Ersitzenden ist keineswegs zur Voraussetzung der Rechtsnorm gemacht, sondern für den Fall des bösen Glaubens eine Ausnahme bestimmt, weil von einer konkreten Erwerbungsart, als positiver Grundlage der Annahme des Ersitzenden, er sei Eigentümer, abgesehen wird."

Daraus können wir schließen, daß nicht derjenige, der sich auf die Ersitzung beruft, seinen guten Glauben zu beweisen braucht, da der gute Glaube keines der wesentlichen Erfordernisse der Ersitzung bildet, sondern daß es vielmehr Aufgabe des Gegners ist, den bösen Glauben des Usukapienten — der hier eben eine Ausnahme von der Rechtsregel herbeiführen soll — durch Vorbringung von Tatsachen nachzuweisen, welche die Annahme der groben Fahrlässigkeit resp. der Kenntnis von der Mangelhaftigkeit des Besitzes gerechtfertigt erscheinen lassen.[4]

Zu demselben Ergebnis kommen wir durch eine allgemeine Regel über die Bedeutung der Wortstellung im B. G.-B. Planck[5] hat darauf hingewiesen, daß im B. G.-B. auf die Wortstellung ein großes Gewicht zu legen ist, da das B. G.-B. sich bemüht hat, durch dieselbe zugleich einen Anhaltspunkt für die Frage nach der Beweislast zu geben.

Enthält im B. G.-B. ein Konditionalsatz eine Negation,[6] so kommt es auf die Stellung dieses „Nicht" an. Steht die Negation hinter dem Einleitungswort, so muß die Ausnahme von der Regel des Hauptsatzes von demjenigen, der die Anwendbarkeit der gesetzlichen Regel bestreitet, bewiesen werden. Wenn das „Nicht" jedoch nicht unmittelbar hinter der Partikel steht,[7] so muß derjenige, der sich auf den Hauptsatz beruft, das Wahrsein der Tatsachen des negativen Konditionalsatzes beweisen. Auf unseren konkreten Fall angewendet, würde die Regel besagen: Der Gegner, der sich auf den Hauptsatz, d. i. Ausschluß der Usukapion, beruft, hat den Inhalt des Konditionalsatzes, d. h. Vorhandensein des bösen Glaubens, zu beweisen. Also kommen wir auch auf diesem Wege zu ganz demselben Ergebnisse.

Somit stimmen auch in diesem Punkte das B. G.-B. sowie das römische und gemeine Recht überein, da wir auch bei den beiden letzteren zu der Entscheidung gekommen waren, daß nicht der Usukapient seinen guten Glauben, sondern der Gegner den bösen Glauben des Usukapienten zu beweisen habe.[8]

§ 23. Kurze Zusammenfassung des gewonnenen Ergebnisses.

Am Schlusse dieser Abhandlung wird es nun noch unsere Aufgabe sein, auf Grund der durch die einzelnen Betrachtungen gewonnenen Ergebnisse die Frage zu beantworten, ob der Begriff des guten Glaubens nach dem B. G.-B. ein anderer ist als nach römischem und gemeinem Rechte.

Bei der Darstellung des Wesens der bona fides nach dem B. G.-B. hatten wir bereits bei den einzelnen Abschnitten stets hervorgehoben, ob das

[1]) anders Goldmann-Lilienthal, Seite 444 Anm. 3. — [2]) ebenso Staudinger III, Seite 93 Anm. 2 zu § 937. — [3]) Motive Bd. III, zu § 881 Seite 352. — [4]) Buhl, Seite 63; Staudinger, III Anm. 5 zu § 932; s. Kuhlenbeck, Bd. II Seite 529. — [5]) Planck I, Seite 44; ebenso auch Dernburg, Seite 273 und 293. — [6]) Planck I, Seite 44—45. — [7]) Planck I, Seite 45—46. — [8]) s. auch Goldmann-Lilienthal, Seite 446 V, 3.

B. G.-B. mit der betreffenden Regelung von der gemeinrechtlichen und römischen Anschauung abwiche, oder ob in dieser Entscheidung eine Uebereinstimmung mit dem römischen und gemeinen Rechte zu erblicken sei. Bei diesen Eröterungen hatten wir einige Unterschiede festgestellt, die hier noch einmal einzeln aufzuzählen nicht angebracht wäre. Diese Abweichungen waren aber nicht etwa auf eine Veränderung des Begriffes der bona fides zurückzuführen, sondern sie hingen damit zusammen, daß die Rechtsinstitute, in Verbindung mit denen wir die bona fides betrachteten, durch das B. G.-B. eine Abänderung erlitten hatten, wie z. B. die successio in usucapionem.

Wir hatten vielmehr bereits am Anfange des zweiten Teiles darauf hingewiesen, daß das Wesen des Begriffes dasselbe geblieben ist. B. G.-B., sowie römisches und gemeines Recht verstehen unter bona fides ein Nichtwissen, daß die Sache eine fremde ist, und verbinden also mit derselben einen negativen Begriff. Alle drei stimmen darin überein, daß der gute Glaube nicht wesentlicher Bestandteil des Institutes der Ersitzung ist, sondern daß nur im Falle des Vorhandenseins der mala fides die Ersitzung ausnahmsweise nicht eintreten soll. Nur das Maß, mit dem sie diese bona fides messen, also der Grad, ist ein verschiedener. Das B. G.-B. verlangt für das Vorhandensein des guten Glaubens eine nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis von der Mangelhaftigkeit des Erwerbes, während das römische und gemeine Recht sich mit einem rein subjektiven nescire rem alienam esse begnügten ohne Rücksicht auf die Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit desselben. Zwar ist diese Ansicht vielfach angegriffen und auch für das römische und gemeine Recht von vielen die Abwesenheit der groben Fahrlässigkeit gefordert worden. Wir haben uns dieser Ansicht nicht angeschlossen, weil sie sich unseres Erachtens aus den Quellen nicht begründen läßt. Mag diese Forderung der Gegner auch noch so gerechtfertigt erscheinen und das für die Sicherheit des Verkehres einzig billigenswerte Prinzip sein — wie diese Forderung ja auch jetzt durch das B. G.-B. verwirklicht worden ist — so haben wir trotzdem geglaubt, sie verwerfen zu müssen, weil die Quellen sich eben mit dem rein subjektiven Erfordernis begnügen. Demnach wäre das Ergebnis kurz folgendes: Das Wesen des guten Glaubens bei der Eigentumsersitzung im B. G.-B. stimmt überein mit dem der römischen und gemeinrechtlichen bona fides. Eine Abweichung findet sich jedoch hinsichtlich des Grades dieses Glaubens, indem das B. G.-B. einen nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhenden guten Glauben erfordert, das römische und gemeine Recht hingegen lediglich ein subjektives nescire verlangten.